

# **FINANSINSTITUSJONERS FRARÅDNINGSPLIKT**

etter finansavtaleloven §§ 47

Kandidatnr: 280

Veileder: Viggo Hagstrøm

Leveringsfrist: 25.11.05

Til sammen 17 985 ord

Dato 25.11.04

## **Innholdsfortegnelse**

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	OPPGAVENS TEMA	1
1.2	AVGRENSNINGER	1
1.3	RETTSKILDER	2
1.4	HVA MENES MED LÅNEAVTALE?	4
1.5	FORHOLDET MELLOM FINANSAVTALELOVEN OG KREDITTKJØPSLOVEN	5
1.6	DEN VIDERE FREMSTILLING	7
<b><u>2</u></b>	<b><u>PARTENE</u></b>	<b><u>7</u></b>
2.1	FINANSINSTITUSJON ELLER LIGNENDE INSTITUSJONER	7
2.2	FORBRUKERBEGREPET	8
<b><u>3</u></b>	<b><u>RETTSTILSTANDEN FØR FINANSAVTALELOVEN</u></b>	<b><u>13</u></b>
3.1	AVTALERETTSLIGE UTGANGSPUNKTER	13
3.2	HVORFOR EN KARTLEGGING AV RETTSTILSTANDEN FØR FINANSAVTALELOVEN?	16
3.3	FRARÅDNINGSPLIKTEN FØR VEDTAGELSEN AV FINANSAVTALELOVEN	17
3.3.1	KORT OM BETYDNINGEN AV AVTALELOVEN § 36	17
3.3.2	FRARÅDNING ETTER AVTALELOVEN § 33	18
3.3.3	BEGREPET ”HÅPLØST FORETAGENDE” – TERSKELEN FOR FRARÅDNING	23
<b><u>4</u></b>	<b><u>FRARÅDNINGSPLIKTEN ETTER FINANSAVTALELOVEN § 47</u></b>	<b><u>24</u></b>
4.1	INNLEDNING	24
4.2	LOVENS VILKÅR FOR Å UTLØSE FRARÅDNINGSPLIKT	28
4.2.1	INNLEDNING	28
4.2.2	ØKONOMISK EVNE	28
4.2.3	ANDRE FORHOLD	34
4.3	TERSKELN FOR FRARÅDNING	42

<b>4.4</b>	<b>KRAVET TIL FRARÅDNINGEN</b>	<b>43</b>
<b>4.5</b>	<b>TIDSPUNKTET FOR FRARÅDNING</b>	<b>44</b>
<b>4.6</b>	<b>RETTSVIRKNINGENE VED MANGLENDE FRARÅDNING</b>	<b>46</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u></b>	<b><u>50</u></b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>51</u></b>

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

Finansavtaleloven § 47 innebærer at finansinstitusjonene kan bli pålagt en plikt til å fraråde hvor den etter omstendighetene ser at lånsøkeren kan få problemer med å tilbakebetale lånet. Både bestemmelsen og finansavtaleloven generelt, er et resultat av de samfunnsmessige erfaringer man gjorde seg etter bankkrisen på slutten av 1980-tallet. Et stadig deregulert kredittmarked, sammenholdt med en lavrentepolitikk og en vidtgående rett til skattefradrag for gjeldsrenter, førte den gang til et overopphetet lånemarkedet som kollapset da innstramningstiltak ble innført fra 1987. Nedturen gjorde det nødvendig å se nærmere på behovet for et strammere regelverk i forholdet mellom bank og kunde. Finansavtaleloven er således en konsekvens av dette arbeidet.<sup>1</sup> Samtidig må utarbeidelsen av loven sees i sammenheng med en stadig økende fokusering på forbrukere og forbrukervern. Således er det ikke bare finansavtaleloven som oppstiller særlig regler for forbrukerkunder.

Det synes i dag som om frarådningsplikten etter § 47 fortjener sin plass. Den skjerpede konkurransen innen finanssektoren fører med seg stadig mer pågående finansinstitusjoner og antallet gjeldsofre er voksende. Fremstillingen tar sikte på klargjøre innholdet av den nye bestemmelsen, herunder om den skiller seg fra tidligere gjeldende rett.

## 1.2 Avgrensninger

Tilsvarende som ovenfor låntakeren, oppstiller finansavtaleloven § 60 en frarådningsplikt overfor kausjonisten. Mens en låneavtale er et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold, innebærer en kausjon en ensidig ytelse fra kausjonistens side. I denne

---

<sup>1</sup> Lov om finansavtaler og finansoppdrag av 25. juni 1999 nr. 46.

forbindelse oppstår særlige hensyn som skiller seg fra lånesituasjonen. Av den grunn avgrenser jeg oppgaven mot § 60.

På tross av at en frarådningsplikt også vil kunne være aktuell ved forhold underlagt kredittkjøpslovens regler avgrenses fremstillingen også mot disse bestemmelser. Når det er sagt, vil jeg kort redegjøre for de forskjellige anvendelsesområder for de to lover, idet grensen til tider kan være problematisk.

Videre avgrenser jeg fremstillingen til kun å omhandle forbrukerforhold og endelig mot de øvrige bestemmelser om opplysningsplikt i finansavtaleloven.

### 1.3 Rettskilder

Ettersom oppgavens tema er institusjoners frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 47 utgjør finansavtaleloven av 25. juni 1999 nr. 46 og dens forarbeider naturlig nok de mest sentrale rettskilder i oppgaven.<sup>2</sup> Som ellers i rettspleien må bestemmelsenes innhold i første rekke søkes i lovens ordlyd. De gjeldende bestemmelsers delvis vage karakter gjør det imidlertid i stor grad nødvendig å videre se hen til lovens forarbeider. Av disse er det særlig Banklovkommisjonen utredning som er av interesse da det er i denne man finner særskilt behandling av de ovennevnte bestemmelser.<sup>3</sup> Det må dog innrømmes at heller ikke utredningen besvarer alle de spørsmål som oppstår. Årsaken til dette er naturlig nok dels bestemmelsens vidtfavnende karakter, dels bestemmelsenes noe trange fødsel. Det var under lovforberedelsene uenighet i kommisjonen hvorvidt bestemmelsene hadde eksistensgrunnlag eller ikke; flertallet var på sin side imot, mens mindretallet mente det var behov for en lovfestet regulering. Det var til slutt flertallet i Stortingets Justiskomite som gikk inn for en lovfesting. Mer om dette nedenfor, pkt. 4.1.

Praksis rundt bestemmelsen er også begrenset. I skrivende stund foreligger det ingen rettsavgjørelser som drøfter frarådningsplikten etter § 47 inngående.<sup>4</sup> I forbindelse med

---

<sup>2</sup> Forarbeidene er NOU 1994:19, Ot.prp. nr. 41 (1998-99) og Innst. O. nr. 84 (1998-99)

<sup>3</sup> NOU 1994:19

<sup>4</sup> Se dog Høyesteretts kjæremålsutvalgs avgjørelse, HR-2004-00187-U, om anvendelsesområdet for § 47. Se også Rt 2003 s. 1252 samt LB-2002-00477, LB-2002-03967 og LB-2003-05641

rettstilstanden før finansavtaleloven er bildet et noe annet. Riktignok er volumet lite, men enkelte avgjørelser har vært ansett for svært grunnleggende ved læren om en ulovfestet norm om frarådningsplikt i tiden før finansavtaleloven. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, er disse avgjørelsene også av betydelig verdi som tolkningsfaktor ved anvendelsen av den nye bestemmelsen.

Av betydning for læren om frarådningsplikt er det imidlertid god grunn til å se hen til Bankklagenemndas praksis. Mens domstolenes bidrag er beskjedent, foreligger det fra nemndas side en rekke avgjørelser. Årsaken til dette er at ordinær domstolsbehandling i dag er forbundet med så vidt store kostnader at det skal mye til for at en slik behandling er forsvarlig i forbrukerforhold. Hertil kommer at nemndas saksbehandling er både enkel og kostnadsfri, og at nemnda anses for å være svært kompetent. Når det gjelder rettskildeverdien av nemndas avgjørelser må det som utgangspunkt fremholdes at nemnda kun kan treffe avgjørelser innenfor rammen av gjeldende rett.<sup>5</sup> Hvor rettstilstanden er uklar eller åpen, hvilket typisk kan sies om frarådningsplikten, kan det forhold at nemnda har truffet en eller flere avgjørelser imidlertid ha adskillig verdi.<sup>6</sup> Det må legges til at det foreløpig også fra nemndas side er begrenset praksis rundt frarådningsplikten etter § 47, noe som må forklares med bestemmelsens unge alder.

Heller ikke i juridisk teori er frarådningsplikten viet mye oppmerksomhet, og bestemmelsen er kun berørt i enkelte norske tidsskriftartikler og lærebøker.<sup>7</sup> Det må imidlertid kunne sies at disse bidrar med lite nytt utover hva som allerede følger av forarbeidene.<sup>8</sup> Ettersom frarådningsplikten er et utslag av et bredere kontraktsrettslig prinsipp om opplysningsplikt vil også øvrig kontraktsrettslig litteratur være av interesse.

---

<sup>5</sup> Se Hagstrøm i Bankklagenemndas praksis (1994) s. 10

<sup>6</sup> Jfr. Rt 1984 s. 248 hvor det om et annet rådgivende organ uttales at "De responsa som avgis av et organ som Næringslivets Konkurransautvalg binder ikke domstolene, selv om jeg er enig i at det ofte vil være naturlig å tillegge dem betydelig vekt".

<sup>7</sup> Espen Berg, LoR 2000 s. 323 flg; Erik Werlauff, TfR 1996 s. 789 flg; Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett (2003).

<sup>8</sup> Se likevel Henrik Kolderup (hovedfagsoppgave), Finansinstitusjoners veiledningsansvar overfor forbrukerkunder: finansavtaleloven §§ 15 første ledd og 47, som behandler plikten grundig.

#### 1.4 Hva menes med låneavtale?

Til tross for at lånebegrepet benyttes flere steder i finansavtaleloven oppstiller verken lov eller forarbeider noen definisjon av begrepet. I sin natur er imidlertid låneavtalen ikke mer enn en gjensidig bebyrdende kontrakt hvor både långiver og låntaker innehar både rettigheter og plikter. Låneavtaler særpreges likevel av kredittelementet, som innebærer at en av partene får tilgang på motytelsen uten å måtte betale for den samtidig. Mens långiver normalt yter umiddelbart ved å stille et beløp til debitors disposisjon i lånetiden, består låntakerens ytelse av en gradvis tilbakebetaling mot vederlag. Således fravikes det alminnelige kontraktsrettslige prinsipp om ytelse mot ytelse. Vederlaget betegnes normalt som rente, og størrelsen på denne vil normalt avhenge av det til enhver tid rådende økonomiske risikobilde i låntakers antatte tilbakebetalingsevne og stilte sikkerhet, samt lånegivers profittmotiver. Særegent ved låneavtaler er derfor også karakteren av partenes ytelser, som begge består i penger. Ytelsene er altså like, men låntaker må betale vederlag.

I tilknytning til finansavtaleloven § 44, som angir virkeområdet for lovens kapittel 3 om låneavtaler, sier forarbeidene at det i første rekke er de typiske lån til forbrukere man har hatt for øyet. Dette omfatter for det første lån hvor lånebeløpets omfang er fastsatt som en bestemt sum som skal nedbetales i ett eller flere avdrag, normalt til fastsatt tid. Slike lån er i loven omtalt som "nedbetalingslån" og innbefatter annuitetslån så vel som serielån. For det andre omfatter lånebegrepet lån som innenfor et bestemt tidsrom gir låntaker rett til å trekke kreditt innenfor gitte rammer, i forarbeidene omtalt som "kassakreditt eller liknende rammekreditt".<sup>9</sup> For andre typer kreditt som det er mindre naturlig å betegne som lån, men som har klare likhetstrekk, er loven gitt tilsvarende anvendelse så langt det passer, jfr. finansavtaleloven § 44 (2). Regelen tar sikte på å sikre at andre type kreditter enn de typiske utlån i hovedsak undergis samme regler. Rent institusjonelt innebærer regelen en likebehandling for aktørene på markedet, og er ment å forhindre eventuelle omgåelser av lovens bestemmelser. Eksempelvis ved at lånegiverens fordring transporteres til en finansinstitusjon etter at avtalen om lån er inngått. Tilsvarende hvor låneavtalen formelt sett ikke inngås med en finansinstitusjon,

---

<sup>9</sup> NOU 1994:19 s. 156

og det heller ikke foretas en etterfølgende transport, men hvor det likevel i realiteten er institusjonen som er långiver.<sup>10</sup>

Angivelsen av virkeområdet tilsier derfor et bredt nedslagsfelt for bestemmelsene i kapittel 3. Loven oppstiller imidlertid flere avgrensninger. For det første kommer bestemmelsene ikke til anvendelse ved avtaler om leiefinansiering og factoring, jfr. finansavtaleloven § 44(2), annet pkt. Unntaket er i forarbeidene begrunnet med at disse finansieringsformene i adskillig grad skiller seg fra de alminnelige låneavtaler, og først og fremst benyttes av næringsdrivende av avgiftsmessige grunner. Dermed antok man at regelbehovet ut fra en forbrukersynsvinkel var relativt beskjedent.

Forarbeidene åpner likevel for at i den grad behovet for en forbrukerbeskyttelse på området blir nødvendig, så bør en lovregulert leiefinansiering vurderes. Ved enkelte anskaffer er det i dag mer og mer vanlig at forbrukere tilbys finansiering gjennom leasing. Især har dette vist seg ved salg av biler. For det andre vil finansavtalelovens kapittel 3 ikke komme til anvendelse på den type kreditt som omfattes av kredittkjøpsloven.<sup>11</sup> Avgrensningen kan tidvis være problematisk og blir behandlet i avsnitt 1.4 nedenfor.

### 1.5 Forholdet mellom finansavtaleloven og kredittkjøpsloven

Finansavtalelovens kapittel 3 får altså ikke anvendelse på kreditt som faller inn under reglene i kredittkjøpsloven, med den viktige konsekvens at disse forhold ikke faller inn under den lovbestemte frarådningsplikten, jfr. finansavtaleloven §47.<sup>12</sup>

Med kredittkjøp menes ethvert kjøp hvor det er avtalt henstand med betalingen av kjøpesummen eller en del av den, eller hvor kjøpesummen helt eller delvis dekkes ved lån, når kreditten gis av selgeren eller noen annen på grunnlag av avtale med selgeren. Videre omfattes de tilfelle hvor det er avtalt leie eller annen bruk av løsøre som i realiteten sikrer et avhendingsvederlag, dersom det er meningen at mottaker skal bli eier av tingen.<sup>13</sup> Kredittkjøpsloven omfatter dermed både avdragskjøp, lånekjøp og kontokjøp, samt ethvert kjøp som faller inn under definisjonen kredittkjøp, jfr. krkjl. § 3.

---

<sup>10</sup> ibid s. 156

<sup>11</sup> Lov om kredittkjøp, 21. juni 1985 nr. 82

<sup>12</sup> Kan imidlertid tenkes en frarådningsplikt på ulovfestet grunnlag, jfr. læren om frarådningsplikt etter avtl. §§ 33 og 36 samt den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktforhold.

<sup>13</sup> NOU 1977:12 s. 48



Kjennetegnet ved kredittkjøp er altså at den som yter kreditten står i direkte forhold til kjøpet. Situasjonen er derfor en annen enn hvor kjøperen tar opp lån uten direkte sammenheng med kjøpet, en situasjon som antas å falle utenfor kredittkjøpslovens bestemmelser.<sup>14</sup>

Grensedragningen mellom kredittkjøp etter kredittkjøpsloven og lån som faller inn under finansavtaleloven har til tider vist seg problematisk. I et tilfelle som var oppe for Bankklagenemnda hadde kjøperen blitt innvilget inntil kr 50 000 i kreditt i tilknytning til et betalingskort.<sup>15</sup> Spørsmålet i saken var hvorvidt banken hadde misligholdt sin frarådningsplikt, og i den forbindelse kom det på spissen hvorvidt forholdet var å anse som et kontokredittkjøp etter kredittkjøpsloven eller et lån etter finansavtaleloven. Nemnda kom til at kredittavtalen var å anse som et regulært lån som falt inn under finansavtalelovens regler. Nemnda poengterte at kortet kunne brukes både i minibanker for kontantuttak og ved kjøp kombinert med kontantuttak. Nemnda pekte på at låntakeren hadde disponert hele kredittrammen ved uttak, og at man i realiteten dermed stod overfor et lån. Slik jeg oppfatter avgjørelsen, er det altså kortholders etterfølgende opptreden, det vil si hans bruk av kortet, som er avgjørende for hvilken lov som kommer til anvendelse. Tolker man avgjørelsen antitetisk, innebærer dette at hvor kortholderen hadde disponert kreditten ved kjøp, hadde kredittkjøpslovens regler kommet til anvendelse. Etter mitt syn er begrunnelsen problematisk på flere måter. For det første vil man kunne stå overfor vanskelige grensespørsmål dersom kreditten er benyttet både til uttak og varekjøp. I så fall synes det naturlig å la avgjørelsen bero på hvilke disposisjoner som utgjør den største delen av bruken. For det andre vil situasjonene være lite forutberegnelig for institusjonene. Hvor den etterfølgende praksis er avgjørende, vil det i realiteten være umulig for institusjonen å vite om den er underlagt en frarådningsplikt eller ikke. Især gjelder dette i de tilfelle hvor formålet med kreditten ikke er opplyst.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Jfr. NOU 1977:12 s. 49

<sup>15</sup> BKN-02024

<sup>16</sup> Hvorvidt institusjonen plikter å vurdere låneformålet kommer jeg tilbake til nedenfor, pkt. 4.2.3.

I en felles rapport foreslår Forbrukerrådet, Forbrukerombudet og Kredittilsynet å lovfeste en frarådningsplikt i kredittkjøpsloven.<sup>17</sup> Dette av hensyn til en enklere praktisering av lovverket samt beskyttelse av den som søker kreditt. I så fall vil grensen ikke lenger ha særlig praktisk betydning.

## 1.6 Den videre fremstilling

I den videre fremstilling skal jeg først ta for meg de parter som berøres av frarådningsplikten. Deretter tar jeg for meg rettstilstanden før finansavtaleloven som vil utgjøre et bakteppe for den videre fremstilling om frarådningsplikten etter § 47. I fremstillingen benyttes orden bank og institusjon ved siden v hverandre uten at det tilsiktes noen forskjell. Tilsvarende gjelder for lånsøker og låntaker.

## 2 Partene

### 2.1 Finansinstitusjon eller lignende institusjoner

Etter finansavtaleloven § 1(1) kommer lovens regler kun til anvendelse hvor én av avtalens parter er en profesjonell institusjon i finansmarkedet, jfr. ”finansinstitusjon eller lignende institusjoner”. Av forarbeidene går det frem at begrepet ”finansinstitusjon” skal forstås på samme måte som i banksikringsloven,<sup>18</sup> jfr. dens §§ 1-3 og 1-4.<sup>19</sup> Loven vil med andre ord få anvendelse overfor spare- og forretningsbanker,<sup>20</sup> forsikringsselskaper underlagt forsikringsvirksomhetsloven,<sup>21</sup> finansieringsforetak organisert etter finansinstitusjonsloven kapittel 3, samt virksomheter med tillatelse til å drive finansieringsvirksomhet i Norge, jfr. EØS-avtalen.

---

<sup>17</sup> Se rapport om ”Tiltak for å bedre informasjonstilbudet til sluttbrukerne i finansmarkedet”, utarbeidet av Forbrukerrådet, Forbrukerombudet og Kredittilsynet (August 2004) hvor man foreslår en frarådningsplikt tilsvarende finansavtaleloven § 47.

<sup>18</sup> Lov av 6. desember 1996 nr. 75

<sup>19</sup> NOU 1994:19 s. 93-94.

<sup>20</sup> Se sparebankloven av 24. mai 1961 nr. 1 og forretningsbankloven av 24. mai 1961 nr. 2.

Under lovforberedelsene ble det videre antatt at det kontraktsrettslige regelverk ville blitt for snevert om det kun ble avgrenset til å gjelde ”finansinstitusjoner”. Dette er årsaken til at man også tok inn begrepet ”lignende institusjon”. Begrepet er definert i finansavtaleloven § 1 annet ledd og omfatter blant annet statsbank, finansmegler- og forsikringsmeglerforetak, finansrådgiver, samvirkeforetak og pensjonsinnretning som omfattes av forsikringsvirksomhetsloven.

Under lovforberedelsene var kommisjonen opptatt av at bestemmelsene skulle omfatte alle institusjoner som opererer på samme marked i den finansielle sektor. Ved å gi bestemmelsene et vidt anvendelsesområde sikret man i stor grad like rettigheter for kundene uavhengig av hvilken institusjon de inngår avtale med. En slik likebehandling søker også å motvirke uheldig konkurransevridning i markedet, idet finansinstitusjoner som ikke ville bli omfattet av regelverket lett ville kunne få et konkurransefortrinn.

Annet ledd er ikke uttømmende i den forstand at Kongen i fjerde ledd er gitt hjemmel til å gi nærmere regler om lovens avgrensning. Bestemmelsen er først og fremst tenkt benyttet dersom andre typer institusjoner enn de som er nevnt annet ledd, i fremtiden skulle tilby de type tjenester loven regulerer.

Det innebærer på den ene side at lovens anvendelsesområde kan utvides ved at det gis regler om at finansavtaler med andre institusjoner enn de som er nevnt i annet ledd, likevel skal falle inn under loven, jfr. bokstav a. Eksempelvis er loven, gjennom forskriftshjemmelen, gitt anvendelse på Statens lånekasse for utdanning.<sup>22</sup> På den annen side åpner fjerde ledd for å unnta visse institusjoner fra enkelte bestemmelser i loven. Igjen kan forskriften vedrørende Statens lånekasse for utdanning tjene som eksempel, idet det normalt vil være liten grunn til å fraråde lån til utdanning. Noe annet er at Lånekassen oppstiller krav til studieprogresjon og begrensninger for det totale lånebeløp.

## 2.2 Forbrukerbegrepet

Finansavtaleloven kommer kun til anvendelse hvor én av partene er en profesjonell institusjon innen finanssektoren. Dette innebærer at hvor den annen part også er å anse

---

<sup>21</sup> Lov av 10. juni 1988 nr. 39.

<sup>22</sup> Forskrifter 30. juni 2000 nr. 653 og 11. februar 2000 nr. 102.

som en slik, kommer lovens bestemmelser ikke til anvendelse, jfr. finansavtaleloven § 1 (3). Lovens formål om å beskytte den antatt svakere tilsier en slik avgrensning, og hvor styrkeforholdet mellom de kontraherende parter er likt gjør ikke slike beskyttelseshensyn seg gjeldende i samme grad.

Den annen part vil dermed kunne være næringsdrivende såvel som forbruker. Dette gjelder imidlertid ikke for de av lovens bestemmelser som er avgrenset til å gjelde forbrukersituasjonen. Flere av lovens bestemmelser har nemlig inntatt den begrensning at disse kun kommer til anvendelse hvor den annen part er forbruker, jfr. eks. § 47. Sondringen mellom næringsdrivende og forbruker er dessuten av betydning idet loven ikke kan fravikes til skade for forbruker, jfr. finansavtaleloven § 2 (1), første punktum. I likhet med øvrig lovgivning som oppstiller preseptoriske forbrukervernregler, er det ingenting i veien for at det i avtalen mellom forbrukeren og institusjonen vedtas vilkår som stiller forbrukeren i en mer gunstig posisjon enn det som følger av lovens bestemmelser. Unntaket er imidlertid lite anvendelig på § 47, da en avtale om utvidet frarådningsplikt synes lite praktisk. Dessuten er det lite naturlig å avtale seg vekk fra en prekontraktuell plikt.

Med forbruker regnes ”en fysisk person når avtalens formål for denne ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet”, jfr. finansavtaleloven § 2 (1) annet punktum. Både næringsdrivende og offentlige institusjoner vil dermed falle utenfor. Definisjonen ligger nær opp til forbrukerbegrepet som er benyttet i EU’s rådsdirektiv om forbrukerkreditt.<sup>23</sup> Etter forarbeidene vil da lønsmottakeres finansiering til anskaffelse av ting som skal anvendes i et ansettelsesforhold være å anse som forbrukerforhold.<sup>24</sup> Tilsvarende forståelse er lagt til grunn ved anvendelsen av den nye forbrukerkjøploven § 1 (2).<sup>25</sup> Forståelsen avviker imidlertid noe fra det tidligere forbrukerbegrepet i norsk kontraktsrett, basert på kjøpsloven av 1988 § 4.<sup>26</sup> Etter denne har lønsmottakeres yrkesmessige anskaffelser av ting, som ellers selges til forbrukere, vært ansett for å falle

---

<sup>23</sup> Jfr. rådsdirektiv 87/102/EØF art. 2 bokstav a) hvor det med forbruker menes ”en fysisk person som ved rettshandel som omfattes av dette direktiv, opptrer med et formål som må anses å ligge utenfor vedkommendes ervervsmessige virksomhet”.

<sup>24</sup> NOU 1994:19 s. 95

<sup>25</sup> Forbrukerkjøploven av 21. juni 2002 nr.34, jfr. NOU 1993:27 s. 35 flg.

<sup>26</sup> Se også Ot.prp. nr 25 (1973-74) s. 68.

utenom forbrukervernreglene, i det kravet har vært at anskaffelsen skulle være hovedsakelig til ”personlig bruk” for kjøperen.

Forbrukerbegrepet har av Forbrukertvistutvalget vært forstått slik at kjøp av ting i yrke vil falle utenfor selv om kjøperen ikke er næringsdrivende.<sup>27</sup> FTU har for eksempel lagt til grunn at kjøp av PC til hjemmekontor ikke er forbrukerkjøp, jfr. sak 1984/24. Ei heller har en lønnsmottagers kjøp av dress til bruk i arbeid vært ansett som forbrukerkjøp, jfr. sak 1990/65. Det er grunn til å tro at utvalgets bedømmelse må bli en annen når man nå må legge finansavtalelovens og forbrukerkjøpslovens definisjoner til grunn. Kjøp av dress til bruk i arbeid vil for eksempel nå måtte anses for å falle innenfor forbrukervernreglene.<sup>28</sup>

Forbrukerbegrepet omfatter videre de tilfeller hvor en fysisk person opptrer på vegne av en organisert gruppe, for eksempel syklubber, foreldregrupper m.v. Juridiske personer som i realiteten fremstår som en samling forbrukere, eksempelvis borettslag, boligsameier, idrettsforeninger og lignende faller imidlertid utenfor.<sup>29</sup>

Undertiden kan det by på tvil hvorvidt en låneavtales hovedformål er knyttet til næringsvirksomhet eller ikke. Det kan blant annet være spørsmål om kunden i det hele tatt er å anse som forbruker. I BKN 03032 ble en klager ansett for ikke å være forbruker, på tross av at han hadde drevet aksjespekulasjon som privatperson.<sup>30</sup>

Klageren hadde over en periode drevet med betydelig spekulasjon i aksjemarkedet, og banken hadde i den forbindelse finansiert lån på kr 6 mill. Klageren hadde imidlertid etter forholdene en helt ordinær årslønn på kr 300.000,- til kr 400.000,- i det aktuelle tidsrom, og heller ingen stor formue å tære på. I lys av dette mente nemnda at hans investeringer i aksjemarkedet hadde nådd et slikt volum at det ikke lenger var naturlig å betegne vedkommende som forbruker. Nemnda uttalte at ”Disse forhold i tillegg til profesjonaliteten ved og den lange varighet av plasseringene må etter nemndas syn medføre at klagers aksjespekulasjoner må anses som en virksomhet i skattelovens

---

<sup>27</sup>Se Krüger, Norsk kontraktsrett (1991), s 395.

<sup>28</sup> Jfr. NOU 1993:27 s. 35.

<sup>29</sup> Dette syn støttes også av Krüger som er prinsipielt skeptisk til å anse forenings- og institusjonskjøp av forbrukerartikler som forbrukerkjøp, jfr. Norsk kontraktsrett, s. 395-396. Se også Morten Aagenæs, Tidsskrift for forretningsjus nr. 4/2002 s. 539 flg. som antar at eierseksjonssameier ikke faller inn under forbrukerbeskyttelsen.

<sup>30</sup> Se også BKN 88007 og BKN 02021 hvor nemnda fant at kontrakten ikke var inngått med klager i egenskap av å være forbruker.

forstand. Klager kan følgelig ikke anses som forbruker i forhold til det påklagede forhold”.

Nemnda la altså vekt på flere forhold ved vurderingen om klageren var å anse som forbruker. For det første ble det lagt vekt på aksjespekulasjonenes omfang. I saken var omfanget stort, særlig sett i forhold til klagers inntekt og formue. Det kan spørres hvorvidt resultatet isolert sett hadde blitt et annet om klageren i større grad hadde vært formuende, slik at aksjespekulasjonen i så fall mer ville fått preg av å være alminnelig formuesforvaltning enn næringsvirksomhet.

Det at nemnda i det hele tatt foretar en sammenlikning, taler for at så er tilfelle. På den annen side kan forholdet kun ha vært et moment i nemndas samlede vurdering. Det må nemlig kunne tenkes tilfeller hvor aksjespekulasjoner, eller andre typer investeringer, antar et slikt volum at det etter sin art vil være unaturlig å kalle det forbrukerforhold uavhengig av personens inntekts- eller formuesforhold.<sup>31</sup> For det andre ble det lagt vekt på at klageren var i besittelse av erfaring og kunnskaper om investeringer i aksjemarkedet langt utover det som er vanlig for en alminnelig forbruker. Her ser vi altså at kundens faktiske profesjonalitet spiller en betydelig rolle. Dette er da også naturlig idet det ville være urimelig om en profesjonell aktør skulle kunne hjemme seg bak forbrukerbeskyttelsen ved å ”seile under falsk flagg”.

Endelig la nemnda vekt på den antakelse at klagers investeringer skatterettslig måtte være å regne som ”virksomhet” i motsetning til ordinær formuesforvaltning. Andre rettsområders klassifikasjon fikk således betydning. Bankklagenemndas begrunnelse sier imidlertid intet om styrkeforholdet mellom de ulike vurderingstemaene. Bakgrunnen til dette er at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det er det samlede bildet som da vil være avgjørende for om vi står overfor en forbruker eller ikke.

Et annet problem kan oppstå i de tilfellene hvor låneavtalens formål er delt. Det avgjørende i disse tilfellene er hvorvidt lånets hovedformål i det vesentlige er ment å

---

<sup>31</sup> Se Allmänna reklamationsnämnden sak nr. 2001-3188 hvor en såkalt daytrader hadde utført omkring 900 transaksjoner over to år, og av den grunn ikke var å anse som forbruker. Tilsvarende i sak nr. 2001-1724.

dekke private behov, jfr. lovens formulering ”ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet”.<sup>32</sup>

I forhold til kjøp har Forbrukertvistutvalget behandlet en rekke saker hvor gjenstander er ment å dekke både private og yrkesmessige behov. I FTU-sak 1979/17 ble kjøp av aggregat til turisthytte som drev med utleie av overnattingsrom ansett for å være forbrukerkjøp da stedet også var klagers hjem.

Dersom ektefeller i fellesskap opptar lån i en finansinstitusjon i anledning den ene ektefellens næringsvirksomhet, skal forholdet mellom den andre ektefellen og finansinstitusjonen anses for å være et forbrukerforhold med mindre også denne ektefellen er knyttet til næringsvirksomheten. Det skal således ikke foretas identifikasjon hvor ektefeller eller andre som bor sammen eller er i slekt med hverandre tar opp slike lån i fellesskap.<sup>33</sup> I hvilken grad den andre ektefellen også er knyttet opp mot næringsvirksomheten, må bero på en totalvurdering og vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Ved vurderingen vil det måtte legges vekt på formålet med forbrukervernet.<sup>34</sup>

Låneformålet kan i seg selv gi en pekepinn på hvorvidt lånet er motivert ut fra næringsmessige behov. Som nevnt i forarbeidene til forbrukerkjøploven vil kjøp av for eksempel traktor eller avansert datautstyr lett kunne indikere at man står ovenfor et næringskjøp.

Kravet om at kundens avtaleformål ikke må være tilknyttet hans næringsvirksomhet fravikes for låneavtaler gjennom finansavtaleloven § 2 (2) annet punktum, som fastsetter at lovens kapittel 3 ikke kan ”fravikes til skade for låntakeren dersom låntakeren er en fysisk person” og ”lån eller lignende kreditt er sikret ved pant i et formuesgode som tilhører låntakeren uten at godet hovedsakelig er knyttet til låntakerens næringsvirksomhet”. Modifikasjonen omfatter det tilfellet hvor en selvstendig næringsdrivende tar opp næringslån med sikkerhet i eget formuesgode, enten fordi formålet er viderelån til en virksomhet, eller fordi virksomheten er organisert på en måte som forutsetter at vedkommende gjøres til avtalepart, eksempelvis

---

<sup>32</sup> Se også NOU 1993:27 s. 33

<sup>33</sup> NOU 1994:19 s. 95 flg.

<sup>34</sup> Se Lovavdelingens uttalelser, sak 2000/08159, om et ektepars felles lånopptak i anledning av den ene ektefellens landbrukseiendom.

enkeltmannsforetak. Spørsmålet er om dette utvidede vernet også vil føre til at den næringsdrivende i denne situasjon også er å anse som forbruker. Dette får blant annet betydning for om den næringsdrivende i gitte situasjon nyter godt av beskyttelsen i finansavtaleloven § 47. Spørsmålet var oppe for Høyesterett kjæremålsutvalg våren 2004.<sup>35</sup> Saken gjaldt en persons låneopptak på til sammen 2.450.000 kr som ble sikret i låntakers bolig. Lånene ble gitt i forbindelse med at låntakeren ønsket å involvere seg i forretningsvirksomhet. Lånene ble misligholdt, og låntakerens bolig ble senere solgt på tvangsauksjon etter begjæring fra banken. Låntakeren gikk så til sak og anførte at banken ikke hadde overholdt sin frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 47. Ettersom han utvilsomt var å regne som fysisk person og at lånet var sikret i hans private bolig hevdet han å være beskyttet av forbrukervernregelen i finansavtaleloven § 47, jfr. finansavtaleloven § 2 (2) annet punktum. Kjæremålsutvalget var ikke enig denne vurderingen og henviste til lagmannsrettens begrunnelse om at bestemmelsen i finansavtaleloven § 47 er begrenset til å gjelde låneavtaler med forbrukere, mens de opprinnelige låne- og garantiavtaler i denne saken var inngått som ledd i næringsvirksomhet. Kjæremålsutvalget presiserte så at bestemmelsen uttrykkelig er begrenset til å gjelde låneavtaler med forbrukere som nevnt i § 2 (1) annet punktum og uttalte så at det ”forhold at § 2 andre ledd tredje punktum fastsetter at lovens kapittel 3 – hvor blant annet § 47 inngår – ikke kan fravikes til skade for låntakeren ”dersom låntakeren er en fysisk person, og lån eller lignende kreditt er sikret ved pant i et formuesgode som tilhører låntakeren uten at godet hovedsakelig er knyttet til låntakerens næringsvirksomhet”, kan ikke medføre noen utvidelse av anvendelsesområdet for § 47”.

### **3 Rettstilstanden før finansavtaleloven**

#### **3.1 Avtalerettslige utgangspunkter**

Norsk kontraktsrett styres i utgangspunktet av to helt grunnleggende prinsipper; prinsippet om avtalefrihet og prinsippet om at kontrakter er rettslig bindende.

---

<sup>35</sup> HR-2004-00187-U



At dette er et prinsipp som også gjelder i forhold til låneavtaler er i og for seg selvsagt, men ble påpekt av blant annet Carsten Smith i forstudie "Om behovet for en banklovkommisjon" fra januar 1989. Han uttaler blant annet at "utgangspunktet og hovedregelen for de vanlige banktjenester i forhold til forbrukere er avtalefrihet ved utforming av tjenestene". Konsekvensen av dette er at bankene og de øvrige finansinstitusjonene i utgangspunktet fritt kan fastsette ensidige standardformularer.<sup>36</sup>

Prinsippet om *avtalefrihet* innebærer at fysiske og juridiske personer i utgangspunktet fritt kan regulere sine økonomiske mellomværender ved avtale. Sammen med prinsippet om privat eiendomsrett utgjør avtalefriheten derfor grunnforutsetningen for vår økonomi og for fremme av omsetningen av varer og tjenester. I norsk rett er ikke prinsippet lovfestet, men er ansett som en alminnelig rettgrunnsetning som rettsordenen uten videre legger til grunn.<sup>37</sup>

Avtalefrihet innebærer for det første at enhver fritt kan bestemme hvem man vil kontrahere med. Fra dette utgangspunkt oppstilles likevel ulike begrensninger. Umyndige vil for eksempel ikke bli rettslig bundet av de avtaler de måtte inngå, jfr. vergemålsloven § 2, jfr. § 1.<sup>38</sup> For det andre innebærer prinsippet at enhver står fritt til å bestemme om, og eventuelt når man ønsker å inngå avtale. Således er det, som jeg kommer tilbake til nedenfor, ingenting i veien for at en bank velger ikke å inngå låneavtale med en kunde.

Forutsetningen er imidlertid at denne nektelsen er saklig motivert, for eksempel ved at banken etter en kredittvurdering kommer til at kunden av ulike årsaker ikke er skikket til å betjene lånet.<sup>39</sup> En nektelse på bakgrunn av rasistiske motiver vil for eksempel ikke være en legitim avvisningsgrunn. I de tilfelle hvor tilbyderer innehar monopol på sitt felt, vil man også i stor grad kunne snakke om en kontraheringsplikt. I dagens samfunn er dette imidlertid lite praktisk med tanke på pengelån.

---

<sup>36</sup> Carsten Smith, Om behovet for en banklovkommisjon, s. 7-8, jfr. NOU 1994:19 s. 31.

<sup>37</sup> Prinsippet er imidlertid slått uttrykkelig fast i UNIDROITS "Principles of International Commercial Contracts" art 1.1 hvor det heter: "The parties are free to enter into a contract and to determine its content".

<sup>38</sup> Det finnes imidlertid mange eksempler fra rettspraksis hvor personen ikke er umyndiggjort, men hvor forholdene ligger nær opp til å oppfylle kriteriene for umyndiggjørelse. Problemstillingen er også relevant ved spørsmål om forsvarlig långivning, jfr. eks BKN 91111.

<sup>39</sup> Tilsvarende for innskudd og betalingsoppdrag, jfr. finansavtaleloven § 14, som oppstiller en lovfestet kontraheringsplikt.

For det tredje, og viktigst i her, innebærer avtalefriheten at partene i et avtaleforhold fritt kan bestemme innholdet i avtalen.

For å effektivisere prinsippet om avtalefrihet, statueres et prinsipp om at avtaler er rettslig bindende. Dette innebærer at partene som utgangspunkt ikke fritt kan si seg fri fra en avtale selv om avtalen i ettertid skulle vise seg å være mindre gunstig enn det parten forutså. Sagt på en annen måte; hver av partene bærer risikoen for sine egne forutsetninger i forhold til avtaleinngåelsen. Slik må det som et utgangspunkt også være for avtaler om lån.<sup>40</sup>

Dette prinsippet krysses imidlertid av andre viktige prinsipper.<sup>41</sup> Særlig sentralt her står prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold. Dette innebærer at partene anses for å ha en generell plikt til å opptre lojalt i forhold til hverandre i den forstand at hver av partene skal ta rimelig hensyn til den annen parts interesser. Rettsutviklingen de siste par hundre år har ført til en stadig sterkere markering av kravet, og svært mange av kontraktsrettens generelle regler kan sees som utslag av et alminnelig prinsipp om lojalitet, herunder finansavtaleloven § 47. Tilsvarende er domstolene gitt fullmakt til å kontrollere rimeligheten av det som avtalene går ut på, eksempelvis avtl. §§ 33 og 36. Hovedhensynet bak prinsippet er partenes manglende jevnbyrdighet når det gjelder muligheter for å ha oversikt over en avtales innhold og rekkevidde.

Prinsipielt vil lojalitetsplikten kunne komme inn på alle stadier i avtaleprosessen, jfr. Rt 1988 s. 1078 hvor Høyesterett spesielt fremhever at lojalitetsplikten er til stede ikke bare ved kontraktslutningen, men så lenge kontraktsforholdet består. I relasjon til en eventuell frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 47 ligger det i sakens natur at plikten kun er oppfylt hvor den er overholdt før låneutbetalingen.<sup>42</sup> Lojalitetsplikten vil da i første rekke innebære en plikt for realdebitor til å avdekke og påpeke eventuelle misforståelser hos avtalemotparten, og eventuelt i ytterste konsekvens vil han kunne ha

---

<sup>40</sup> Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 141. Woxholth, Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning s. 329. Jfr. også Rt 1959 s. 248, Rt 1984 s. 28 og BKN 02024 .

<sup>41</sup> Hov mener utgangspunktet i dag er innholdsløst da regler som forbyr kontrakter med et bestemt innhold er svært mange. Hov, Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I, 3. utgave 2002, s. 39 flg.

<sup>42</sup> Som jeg kommer tilbake til nedenfor, vil frarådningsplikten kunne komme inn etter at låneavtalen er sluttet, men før lånet er utbetalt.

en frarådningsplikt. Den sentrale faktor er hvorvidt det på bakgrunn av de konkrete omstendigheter vil være uredelig og illojalt av realdebitor å forholde seg taus. Redeligheten må i sin tid knyttes opp mot de krav som oppstilles etter avtaleloven § 33 og alminnelige lojalitetskrav. Spørsmålet blir dermed hvor langt realdebitor uoppfordret skal gi opplysninger han sitter inne med for ikke å komme i konflikt med lojalitetskravet, noe som igjen avhenger av hvilke typiske og rimelige forventninger kunden har i forhold til det han skal opplyses om, se nedenfor.

### 3.2 Hvorfor en kartlegging av rettstilstanden før finansavtaleloven?

Under lovforarbeidet var det uenighet innad i Banklovkommisjonen hvorvidt man skulle lovfeste en frarådningsplikt eller ikke, se punkt 4.1. Begge fraksjoner var imidlertid av den oppfatning at frarådningsplikten allerede fulgte av gjeldene rett, og mindretallet uttalte i den forbindelse at de "anser forslaget til lovbestemmelse som i hovedsak å være en kodifisering av det som allerede følger av avtaleloven §§ 30, 33, og 36, samt av ulovfestede rettsregler om lojalitetsplikt i kontraktsforhold".

Med denne tydelige henvisning til tidligere rettstilstand utgjør rettssituasjonen før finansavtaleloven et nyttig og nødvendig bakteppe for spørsmålet om hvorledes finansavtalelovens regler er å forstå. For det første er forarbeidenes eksplisitte henvisning en klar indikasjon på at det faktisk fantes en form for frarådningsplikt i tiden før finansavtaleloven. Dette bekreftes også av Rt 2003 s. 1252 hvor Høyesterett uttaler at en "långivar si *frarådningsplikt* [min uthevelse] var derfor meir omfattande i 1994 enn i 1959".

Når det er sagt, er det ellers svært få steder i rettspraksis i tiden før finansavtaleloven at man har benyttet seg av uttrykket "frarådningsplikt". Snarere har det vært tale om en utvidet opplysningsplikt i særlige tilfelle, eller uttrykt på en annen måte, at den ene part har hatt en klar oppfordring til å si fra om forhold den har kunnskap om, og som har vesentlig betydning for den annen parts oppfyllelsesevne. Heller ikke i lovgivningen finner man noen ensartet begrepsbruk. Mens det i bustadsoppføringsloven er tale om en frarådningsplikt, jfr. § 8, sier dennes forarbeider at innholdet av bestemmelsen i det vesentligste er i overensstemmelse med håndverkertjenestelovens regler om

opplysningsplikt. I sin natur er imidlertid frarådningsplikten ikke mer enn et annet navn på en opplysningsplikt. Begge plikter har som formål å bedre den en parts forutsetninger for å inngå avtalen.

For det andre vil praksis og teori rundt begrepet utgjøre vesentlige tolkningsfaktorer når det nærmere innholdet av §§ 47 og 60 skal klargjøres. Videre fremhever denne tidligere praksis de hensyn som begrunner en frarådningsplikt, og endelig vil den kunne påvise eventuelle forskjeller i rettstilstanden etter de nye bestemmelsenes ikrafttredelse. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, synes det nemlig som om bestemmelsene om frarådningsplikt i noen grad skiller seg fra eldre rett. På bakgrunn av dette vil jeg i det følgende foreta en gjennomgang av rettstilstanden før finansavtalelovens ikrafttredelse.

### 3.3 Frarådningsplikten før vedtagelsen av finansavtaleloven

#### 3.3.1 Kort om betydningen av avtaleloven § 36

Avtaleloven § 36 er en generell hjemmel til helt eller delvis å sette til side eller endre urimelige avtaler. Formålet med bestemmelsen er i første rekke å motvirke at avtaler får et urimelig innhold på grunn av manglende balanse i styrkeforholdet mellom partene. På tilsvarende måte som for lojalitetsplikten har derfor ikke avtaleloven § 36 hatt noen fremtredende praktisk betydning ved siden av avtaleloven § 33 og læren om frarådningsplikt ettersom manglende frarådningsplikt er en typisk tilblivelsesmangel. Tradisjonelt har det nemlig vært slik at hvor avtalelovens tradisjonelle regler om tilblivelsesmangler er oppfylt, har retten som regel løst tvisten i medhold av disse, fordi reglene inneholder et fastere skjønnstema enn § 36.

De lege lata er det imidlertid ingen ting i veien for å anvende § 36 på tilblivelsesmangler. Eksempelvis kan bestemmelsen være praktisk hvor det ved avtaleinngåelsen foreligger mindre alvorlige mangler ved tilblivelsen enn de § 33 tar sikte på å fange opp.<sup>43</sup>

Av denne grunn går jeg i denne forbindelse ikke nærmere inn på bestemmelsen. Når det er sagt har bestemmelsen nære forbindelseslinjer til lempningsregelen etter finansavtalelovens § 47 (2), se avsnitt 4.5.

---

<sup>43</sup> Jfr Ot.prp nr. 5 (1982-83) s. 33

### 3.3.2 Frarådning etter avtaleloven § 33

I norsk teori beskrives læren om opplysningsplikt og avtaleloven § 33 som en hjørnestein i norsk kontraktsrett. Denne fremtredende rolle i teorien gjenspeiles imidlertid ikke i rettspraksis. Det foreligger svært få avgjørelser fra Høyesterett, og hvor bestemmelsen har vært anvendt har det normalt dreid seg om sterkt ulikevektige parter.<sup>44</sup>

Hertil kommer at rettspraksis vedrørende mangelsinnsigelser som følge av misligholdt opplysningsplikt ved kjøp, jfr. kontraktslovgivningen. Antatt at vurderingene i forhold til misligholdt opplysningsplikt som ugyldighetsgrunn er de samme som i forhold til spørsmålet om kontraktsmessighet.<sup>45</sup>

Overføringsverdien til bank- og kunderelasjoner blir imidlertid stor i det partene normalt må anses for å være særs ulikevektige. Særlig må dette gjelde i forbrukerforhold, som § 47 knytter seg til.<sup>46</sup> Av de avgjørelser som foreligger er det videre enda færre som berører frarådningsplikten særskilt. Svært sentral er imidlertid Rt. 1959 s. 1048, som har hatt en fremtredende rolle ved praktiseringen av frarådningsplikten før finansavtaleloven. På tross av at dommen ikke omhandler bankforhold har overføringsverdien vært ansett som betydelig, og dommen er referert en rekke steder hvor tvist mellom bank og kunde har vært til behandling.<sup>47</sup> Dommen er også omtalt i finansavtalelovens forarbeidene under omtalen av tidligere rettstilstand.<sup>48</sup> Avgjørelsen berører en rekke momenter som har vært avgjørende for utformingen av opplysnings- og frarådningsplikten etter avtaleloven § 33, og som i hovedtrekk vil bli gjennomgått i det følgende.

Utgangspunktet, er som nevnt, at låntaker selv har risikoen for egen økonomisk bæreevne og for at låneformålet er fornuftig, jfr Rt. 1959 s. 248.

Saken gjaldt kjøp av en eiendom hvor kjøperen hevdet at avtalen var ugyldig etter avtaleloven § 33. Han anførte at selgeren ”skulle ha visst eller burde ha visst at det på grunn av lånemarkedets stilling ville

---

<sup>44</sup> Jfr. eksempelvis Rt 1959 s. 248, Rt 1959 s. 1048, Rt 1966 s. 1248 og Rt 1984 s. 28. Se også Hagstrøm, Obligasjonsrett (2003) s. 139 flg.

<sup>45</sup> Hagstrøm, Obligasjonsrett (2003) s. 38 (konsumsjonsprinsippet).

<sup>46</sup> Jfr. NOU 1994:19 s. 54 som forutsetter banken som den profesjonelle part.

<sup>47</sup> Jfr. eksempelvis Rt. 2003 s. 1252 samt en rekke avgjørelser fra Bankklagenemnda; eksempelvis BKN 91111, BKN 94028, BKN 95017, BKN 95040, BKN 95063, BKN 96019, BKN 99036, BKN 02104 og BKN 03140.

<sup>48</sup> NOU 1994:19 s. 54

medføre vanskeligheter å oppnå lån på en industrieiendom av den art det her var tale om” (s. 251). Til dette innvendte Høyesterett at kjøperen av en eiendom normalt er den nærmeste til å vurdere mulighetene for å oppnå lån, og uttalte at ”Vindesnes [kjøperen] var selv den nærmeste til å vurdere dette forhold, og han hadde selv risikoen for at finansieringen gikk i orden”. På bakgrunn av dommen kan man trekke den slutning at det normalt ikke forelå noen frarådningsplikt for realdebitor eller dennes representant, men at denne først inntrådte hvor særlige omstendigheter forelå. I den forbindelse uttaler førstvoterende at ”...slike omstendigheter foreligger etter min mening ikke”.

Avtaleloven § 33 modifiserer dette utgangspunkt såfremt de fire kumulative vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. I så fall innebærer det at en avtale kjennes ugyldig hvor det foreligger ”omstendigheter” som ”forelaa da den anden part fik kundskap om erklæringen” og som ”det maa antages at han [løftemottageren] kjendte til” og hvor det må stride mot ”redelighet eller god tro” å gjøre løftet gjeldende.

Den største praktiske betydning, og viktigst i denne sammenheng, har § 33 fått hvor løftegiveren har hatt ufullstendig informasjon om forhold av betydning for avtaleinngåelsen, og hvor det av den grunn foreligger en motivvillfarelse eller, om man vil, en uriktig forutsetning for avtaleinngåelsen. I disse tilfellene blir det et spørsmål om løftemottageren, for vårt tilfelle banken, kan sies å ha en opplysningsplikt, slik at løftegiveren [kunden] bringes ut av villfarelsen og inngår låneavtalen under riktige forutsetninger, eventuelt avstår fra låneopptaket.

Hvor man har ansett det som illojalt og stridende mot god tro av realdebitor å holde tilbake egne vurderinger vedrørende avtalens egnethet for kunden, har det normalt vært vist til at opplysningsplikten kun omfatter omstendigheter eller forhold. Kravet oppstiller en begrensning i forhold til hva som er gjenstand for opplysningsplikt hvilket innebærer at det som hovedregel må være tale om historiske kjennsgjerninger eller håndgripelige fakta. Det må således foretas en avgrensning mot hypoteser, formodninger, antakelser om mer usikre vurderinger da disse ikke gir uttrykk for noe konkret som kan være gjenstand for opplysningsplikt, herunder frarådningsplikten. I kontraktslovgivningen har dette kommet til uttrykk ved at det må dreie seg om ”forhold” ved ytelsen, det være seg dens egenskaper, bruk og hensiktsmessighet, jfr. eksempelvis kjl. § 18, hvtjl. § 18 og buofl. § 26.

Eksempelvis vil selgeren av aksjer i oljeselskap som positivt vet at selskapets prøveboringer har slått feil og at selskapets eneste oljefelt definitivt er tørt, mens kjøperen ikke vet dette, lett kunne anses å opptre i

strid med redelighet og god tro dersom han gjør avtalen gjeldende. Motsatt vil en selger, som ikke besitter kunnskap om prøveboringer eller oljeforekomster, men bare har en løslig tro om at selskapet ikke vil finne olje, kunne gjøre avtalen gjeldende da dette ikke regnes som "omstendigheter" som gjør det uredelig eller stridende mot god tro å gjøre rett gjeldende etter kjøperens løfte.

En klar og unntaksfri regel er dette imidlertid ikke. For det første kan den oppstilte grensen mellom kjensgjerninger og vurderinger være vanskelig å trekke, og det kan tenkes tilfeller hvor ren mistanke gir grunn til å gi den annen part en oppfordring til å foreta nærmere undersøkelser. Det finnes flere eksempler fra rettspraksis hvor Høyesterett har funnet realdebitors manglende opplysning vedrørende sine vurderinger som en ugyldighetsgrunn.

I Rt 1959 s. 1048 ble det for eksempel lagt til grunn at selgeren ut fra sine vurderinger "forsto at Rødningen [kjøperen] ikke kunne oppfylle kontrakten". I Rt. 1959 s. 1172 ble det uttalt at kjøperen i alle fall burde ha fått et vink om at nærmere undersøkelser burde foretas. Saken gjaldt et erstatningskrav mot en advokat for medvirkning som mellommann til overdragelse av andeler i noen vinagenturer som i ettertid viste seg verdiløse.<sup>49</sup>

I forhold til lånevirkksomhet ligger det i sakens natur at man normalt ikke kan oppstille sikre spådommer om fremtiden, og at bankenes opplysningsplikt derfor i stor grad må være forankret i mer eller mindre usikre vurderinger. Låneforholdets langsiktige karakter innebærer at en rekke uforutsette omstendigheter kan komme forstyrrende inn og på den måten vanskeliggjøre tilbakebetalingen. Enkelte slike omstendigheter vil man aldri kunne gardere seg mot og de kan være såvidt spesielle at bankene vanskelig kan illegges vurderingsrisikoen for deres inntreden. Andre type omstendigheter må man imidlertid anta at bankene har erfaring og ekspertise til å kunne forutse, og selv om de kun er gjenstand for usikre vurderinger vil bankene i ytterste konsekvens være ilagt en frarådningsplikt.

Hvor langt slik eventuell opplysnings- eller frarådningsplikt rekker, er det imidlertid vanskelig å si generelt om. Avgjørelsen må som oftest bero på en konkret vurdering hvor det springende punkt vil være om det slik forholdene ligger an vil stride mot redelighet å forholde seg taus og likevel gjøre løftet gjeldende. I denne redelighetsvurderingen har det i rettspraksis tradisjonelt vært oppstilt en rekke relevante momenter i bedømmelsen av om opplysningsplikt, eventuelt frarådningsplikt,

---

<sup>49</sup> Se også Rt. 1953 s. 449, Rt. 1070 s. 1350, Rt. 1987 s. 442 og Rt 1994 s. 1288.

foreligger. Helt sentralt i vurderingen står løftegivers typiske og rimelige forventninger om hvorvidt han skal opplyses om forhold av den type det gjelder og hvor alvorlig mistanken er. Løftegiverens forventninger vil igjen avhenge av flere forhold; så som avtalens art og om opplysningene gjelder alminnelige kjente forhold eller eventuelt forhold som ikke er allment kjente eller på grunn av sin kompleksitet er lite tilgjengelig for løftegiver.<sup>50</sup>

Generelt i kontraktsretten kan man spore en tendens til at kravet til lojal opptreden fra realdebitors side er strengere hvor denne har å gjøre med en forbruker enn hvor den annen part er næringsdrivende. Bakgrunnen for dette er at det i profesjonelle forhold er en forventning om at partene i større grad er rustet til å ivareta sine egne interesser, mens den profesjonelle part, i møte med en forbruker, normalt anses for å være den mest sakkyndige og dermed besitter et sakkyndighetsoverskudd. Vi ser altså at jo større forventninger som kan stilles til låntakers profesjonalitet og sakkunnskap, desto mer må vurderingene være overlatt til denne. Prinsippet belyses av de ulike resultatene i de to ovennevnte dommer. I Rt. 1959 s. 248 var det tale om tilnærmet likevektige parter og Høyesterett fant dermed kjøper til å være den nærmeste til å vurdere sine egne muligheter til å finansiere lånet. Motsatt i Rt 1959 s. 1048, hvor man anså selgeren for å være ”den mest forretningskyndige av de to”, mens kjøperen i det hele tatt hadde ”liten evne til å vareta sine egne interesser”. Dette innebærer i prinsippet også at i de tilfelle hvor forbrukeren besitter kunnskap på linje med den profesjonelle, så skal det etter tidligere rett svært mye til før institusjonene blir pålagt en frarådningsplikt. Dette må særlig gjelde vurderinger som det må antas at låntageren selv har oppfordring til og like store forutsetninger for å foreta. Har begge parter tilstrekkelig forutsetninger for å foreta vurderingen, begrunner nemlig ikke lojalitetskravet at institusjonen er tillagt risikoen for at avtaleformålet oppfylles, jfr. Rt. 1995 s. 245.<sup>51</sup>

Saken gjaldt en kvinne som hadde undertegnet en pantobligasjon med pant i sin egen eiendom til sikkerhet for hennes datters og samboers gjeld til en finansinstitusjon. Hun hevdet senere at hun ikke hadde lest dokumentene hun undertegnet, at hun hadde trodd det gjaldt låntakernes forsikringspapirer, at finansinstitusjonen ikke hadde gitt tilstrekkelig informasjon og at hun derfor ikke var bundet på grunn av

---

<sup>50</sup> Se Hagstrøm i Obligasjonsrett (2003) s. 141 flg.

<sup>51</sup> Se Woxholth s. 329 med videre henvisning til Hagstrøm, LoR 1996 s. 78 flg: Kausjonsretten og avtaleloven § 36, jfr. s 86.



villfarelse, jfr. avtl. § 33. Høyesterett var ikke enig dette. Det var ingenting ved de dokumenter hun hadde undertegnet som tilsa noe annet enn at hun ville bli forpliktet som pantsetter, og heller ingen særlige forhold som gav oppfordring for banken til å gi mer detaljerte informasjoner. Retten la imidlertid til, at den nye finansavtaleloven, som på tidspunktet for dommen ikke var trådt i kraft, nok innebar en skjerpet informasjonsplikt og viste til lovens forarbeider.<sup>52</sup>

Det må likevel kunne sies nokså sikkert at rettsstridsterskelen er lavere hvor realdebitor har holdt tilbake opplysninger vedrørende faktiske forhold enn hvor det er tale om vurderinger. Det vil si at hvor finansinstitusjonen faktisk vet om konkrete omstendigheter som kan sette tilbakebetalingsevnen i fare, vil det lettere anses uredelig å opprettholde avtalen enn hvor disse omstendighetene er basert på institusjonens vurderinger. Årsaken til dette er for det første at en slik tilbakeholdelse er uredelig av natur. For det andre kan låntaker vanskelig kan gardere seg mot mangelfulle opplysninger om faktiske forhold, idet han er intetanende. Vet han om omstendigheten tilsier jo det at partene har like forutsetninger, og dermed foreligger ingen opplysnings- eller frarådningsplikt. Hvor det er tale om evnen til å vurdere fornuften i låneopptaket vil låntaker normalt kjenne sin egen begrensning, og bør derfor i større grad tilkjennes risikoen for å tilegne seg ytterligere kunnskap for å forsikre seg om at låneopptaket er fornuftig. Likeledes vil låntaker kunne engasjere ekstern bistand for å avverge en eventuell vurderingssvikt, se dog nedenfor punkt 4.6.

Videre skjerpes aktsomhetskravet ytterligere for realdebitor hvor det er tale om avtaleinngåelse på spesialiserte eller kompliserte livsområder. Igjen må dette begrunnes ut fra den antatte sakkyndighetsforskjell mellom partene, og at denne forsterkes på de ovennevnte områder. I forarbeidene til forsikringsavtaleloven stadfestes det alminnelige utgangspunkt om at det er kunden som i utgangspunktet ”må bære risikoen for at han har bedømt sitt behov riktig og truffet et fornuftig valg”. Deretter fravikes utgangspunktet ettersom man under lovforberedelsen anså forsikringer for å være et såvidt særpreget produkt at det for en som ikke besitter spesielle kunnskaper eller forutsetninger, kan være meget vanskelig å vurdere hvilken grad av behovsdekning den enkelte forsikring vil gi; ”Selskapet bør derfor uttrykkelig pålegges en plikt til, i forbindelse med salget av en forsikring, å bidra til å analysere kundens reelle

---

<sup>52</sup> Tilsvarende synspunkt lagt til grunn i Rt. 1994 s. 1288.

forsikringsbehov og relatere dette behovet til de forsikringsformer som selskapet tilbyr”.<sup>53</sup> I kontraktslovgivningen har dette kommet til uttrykk ved at realdebitor flere steder er pålagt et veiledningsansvar, jfr. hvtjl. §§ 5 og 7, bustadl. §§ 7 og 8 og FAL §§ 2-1 og 11-1.

### 3.3.3 Begrepet ”håpløst foretagende” – terskelen for frarådning

De ovennevnte momenter har tradisjonelt likevel ikke vært nok til alene å oppstille en frarådningsplikt etter norsk rett. I de tilfelle hvor opplysningsplikten er blitt utvidet til en frarådningsplikt har det i tillegg vært tale om helt særegne omstendigheter hvor løftegivers innlaten i avtalen er blitt karakterisert som et ”håpløst foretagende”.

Begrepet har vært svært sentralt ved utformingen av en ulovfestet frarådningsplikt, og gir anvisning på hvor terskelen for frarådningsplikten faktisk har ligget. Begrepet ble første gang benyttet i den allerede omtalte dommen, Rt. 1959 s. 1048. Saken gjaldt en småbondes kjøp av en større landbrukseiendom med et prisforlangende på 158 000 kr. Da bonden ikke klarte å reise nok kapital til gjennomføring av kjøpet, reiste det seg spørsmål om hvorvidt selgeren kunne kreve avtalen opprettholdt. Høyesterett besvarte dette benektende, og fant en slik opprettholdelse for å være i strid med avtalelovens § 33. Foruten å konstatere at et relevant sakkyndighetsoverskudd i favør selger var oppfylt, vurderte Høyesterett den økonomiske byrde kjøper ble pålagt ved å innlate seg på avtalen, herunder hvilket tapspotensiale kjøper utsatte seg for. Høyesterett uttalte at ”det her gjaldt en kontrakt av den største betydning for kjøperen, og det var derfor så meget mer nødvendig at selgeren gikk forsvarlig frem”. Videre uttalte retten at man ”kan uten overdrivelse si at Rødningen [kjøperen]satte sin tilværelse inn på kontrakten” hvilket ville medføre dramatiske konsekvenser om avtalen ble opprettholdt.<sup>54</sup>

Deretter tok Høyesterett stilling til hvorvidt det var sannsynlig at mislighold ville inntre, og uttalte at det i denne sak var ”åpenbart ” at kjøper ”ikke kunne oppfylle kontrakten”.

---

<sup>53</sup> NOU 1983:56 s. 50

<sup>54</sup> Se også Rt 1980 s. 1586 hvor Høyesterett fremhevet betydningen av at avtalegjensstanden var såvidt kostbar, hvilket særlig begrunnet skjerpet aktsomhet i det aktuelle tilfelle. Saken omhandler dog ikke frarådningsplikt.

Samlet utgjorde momentene terskelen for frarådning, karakterisert som et ”håpløst foretagende”, og det er altså den særlige risikoen for den antatt svake part, sammenholdt med kompliserte vurderingstemaer, som begrunner frarådningsplikten.

Dommen la til grunn en meget høy terskel for at frarådningsplikt skulle inntre.

Uttrykket ”åpenbart” tilsier en visshet på grensen til det 100% sikre, og å ”sette hele sin tilværelse innpå kontrakten” betyr at offergrensen er svært høy. Denne linjen er i stor grad fulgt opp i Bankklagenemndas praksis, dog med noe ulik begrepsbruk.<sup>55</sup>

## **4 Frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47**

### **4.1 Innledning**

Tilsvarende som i avtaleretten ellers, må utgangspunktet også etter finansavtaleloven være at kunden selv bærer risikoen for egne forutsetninger ved avtaleinngåelsen.

Således må utgangspunktet være at kunden selv har risikoen for at denne evner å betjene lånet den innvilges, jfr. eksempelvis Rt. 1959 s. 248.<sup>56</sup> Finansavtaleloven § 47 er et lovfestet brudd på dette utgangspunkt, og slår uttrykkelig fast at institusjonen i gitte situasjoner vil kunne ha en frarådningsplikt.

Bestemmelsen innebærer at dersom *”långiver før låneavtale inngås med en forbruker eller lånet utbetales til denne, må anta at økonomisk evne eller andre forhold på låntakerens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet, skal lånegiveren skriftlig underrette låntakeren dette”*. Plikten er et unntak fra det skisserte utgangspunkt, og innebærer at det ikke vil være aktsomt av banken å la kunden ta opp et mer risikabelt lån enn det banken anbefaler i forhold til kundens økonomi uten å ha frarådet på forhånd. Har banken foretatt frarådning, er det imidlertid ingenting i veien

---

<sup>55</sup> Jfr eksempelvis BKN-95063, 96014, 99007, og 00001

<sup>56</sup> Tilsvarende også ved inngåelsen av forsikringsavtaler, jfr. NOU 1983:56 s. 50 hvor det uttales at ”Som ved annet salg innenfor den private sektor hviler salget av forsikringen på den forutsetning at det først og fremst er kunden som må analysere sitt behov, velge hvilken vare han skal kjøpe og bære risikoen for at han har bedømt sitt behov riktig og truffet et fornuftig valg”.

for at de yter selve lånet.<sup>57</sup> Såfremt lånegiveren ikke overholder sin plikt etter første punktum kan konsekvensen bli at ”*låntakerens forpliktelser lempes for så vidt dette finnes rimelig*”, jfr. § 47 annet pkt. Dette kan i ytterste konsekvens innebære at lånet nedskrives i sin helhet. I tillegg til opplysningsplikten etter finansavtaleloven § 46, som i første rekke er plikt for banken til å gi kunden det nødvendige materialet for selv å kunne foreta en forsvarlig vurdering av låneopptaket, pålegges banken på denne måten en positiv plikt til å fraråde kunden å ta opp det lån det er tale om.

Sammen med finansavtaleloven § 60 var bestemmelsen en av de mest omstridte bestemmelser under lovforberedelsen. Det var kun et mindretall på syv av Banklovkommisjonens medlemmer som samlet seg bak bestemmelsen. Også departementet stilte seg negativt til forslaget, og det var til syvende og sist et flertall i Stortingets justiskomiteé som førte til at bestemmelsene ble vedtatt.<sup>58</sup>

Banklovkommisjonens flertall mente altså at det allerede eksisterte rettsregler som innebar en frarådningsplikt, og at en ytterligere lovregulering måtte være overflødig. Samtidig var flertallet av den oppfatning at frarådningsplikten uansett ikke syntes særlig praktisk da det måtte være lite trolig at en bank ville låne ut penger til en kunde hvor det i utgangspunktet fortoner seg som lite sannsynlig at låntakeren vil være i stand til å betjene lånet. Dette ville uansett stride mot god bankpraksis etter prinsippet om ”god bankskikk”, se ovenfor. Mindretallet mente imidlertid at behovet klart var til stede. Riktignok erkjente mindretallet at regelen neppe innebar noe særlig mer enn en kodifisering av allerede gjeldende rett, men mente at en særskilt lovfesting ville ha positive virkninger ved at regelen ville innebære en effektivisering av frarådningsplikten. Viggo Hagstrøm er av den oppfatning at uttalelsene i forarbeidene mer må oppfattes som innlegg i den politiske prosess. Han uttaler i den forbindelse at for ”mindretallet synes strategien å ha vært å fremheve at regelen neppe innebar mer enn en lovfesting av gjeldende regler, mens flertallets strategi var å fremheve at reguleringen dermed var overflødig”.<sup>59</sup>

I høringsrunden stilte bankinteressene seg svært skeptiske til lovforslaget. De mente, i likhet med flertallet i kommisjonen, at regelen ville være svært lite praktisk, og at den heller ikke bidro til klargjøring av de spillereglene som allerede fulgte av gjeldene rett. Videre anså de regelen for å være så skjønnsmessig at den vanskelig kunne overprøves i ettertid, og at den dessuten var prosesskapende i den

---

<sup>57</sup> Men det kan undertiden stride mot god bankskikk, jfr. Banklovkommisjonens flertall, jfr. NOU 1994:19 s. 53

<sup>58</sup> NOU 1994:19 s. 53-57, Ot.prp. nr. 41(1998-1999) s. 55-58 og Innst.O. nr. 84 (1998-1999) s. 16-17.

<sup>59</sup> Hagstrøm, Kausjonsretten i forandring, Oslo (2002), s. 382

foreslåtte form da den ville være lett å gripe tak i for å unndra seg gjeldsansvar.<sup>60</sup> Forbrukerinteressene var på sin side ikke enig med bankene i at problemstillingen ikke var praktisk, og fremholdt at lån i praksis er bevilget der det har vært ”åpenbart og også tvilsomt om låntakeren vil kunne betale tilbake beløpet”. Forbrukerinteressene stilte seg derfor bak mindretallets begrunnelse.

Departementet erkjente, på lik linje med forbrukerinteressene, at det i praksis kunne forekomme uaktsom långivning fra bankenes side, og viste til Bankklagenemndas praksis. For departementet var imidlertid bekymringen for at regelen ville være konfliktskapende et vesentlig moment mot lovfesting.

Departementet var også enig med flertallet i at en lovfesting neppe innebar noe fremskritt i forhold til gjeldende lovgivning, og ønsket derfor å vurdere spørsmålet om frarådningsplikt i sammenheng med en eventuell lovfestet offentligrettslig plikt til kredittprøving.

Flertallet i Stortingets justiskomité fant det derimot naturlig å lovfeste frarådningsplikten i forbindelse med vedtagelsen av de øvrige reglene om bank-/kunderelasjonen i finansavtaleloven, og gav sin tilslutning til mindretallet.

Hovedformålet med frarådningsplikten i § 47 er å hindre at låntakeren tar opp lån som denne sannsynligvis ikke vil makte å betjene på vanlig måte.<sup>61</sup> På denne måten søker regelen å avverge den vanskelige økonomiske situasjonen det er for en låntaker å havne i betalingsproblemer. Konsekvensene av betalingsproblemer kan i forbrukersammenheng ofte være dramatiske, og kan i ytterste konsekvens føre til at låntaker må flytte fra gård og grunn. I Rt 1959 s. 1048 ble det for eksempel ansett som et skjerpene moment at kjøperen satte sin tilværelse inn på kontrakten.

I tråd med forbrukervernreglene ellers i kontraktslovgivningen er det forbrukeren i egenskap av å være den ”svake part” som er beskyttet. På den andre side står finansinstitusjonene som naturlig nok forutsettes å ha kunnskaper og erfaringer i forhold til långivning og således innehar et sakkyndighetsoverskudd. I forarbeidene fremheves det at institusjonen lett vil kunne konstatere hvorvidt låneopptaket er forsvarlig og at bankenes sakkunnskap og erfaring derfor bør komme forbrukeren til gode. På denne måten står låntakeren bedre rustet til å unngå tap, enn hvis han utelukkende skulle forholde seg til sin egne vurderinger. Ved siden av at forbrukeren generelt sett er den

---

<sup>60</sup> I etterpåklokskapens lys kan det spørres hvorvidt bankenes strategi var særlig vellykket. Den politiske vinden gav tydelig hint om at en regel av denne typen var ønsket hos lovgiver, og det kan nok tenkes at bankene hadde vært mer tilfreds med resultatet dersom de i stedet hadde stilt seg positive, og på den måten kunne være med på å utforme regelen.

<sup>61</sup> NOU 1994:19 s. 54

”svake part”, begrunnes dermed frarådningsplikten i den sakkyndighetsforskjell som normalt rår mellom de aktuelle parter. I så henseende er begrunnelsen bak en eventuell frarådningsplikt den samme som den var under tidligere rettstilstand.<sup>62</sup>

I lys av praksis før vedtakelsen av loven kunne man spore en tendens til at verken regler om god bankskikk eller avtaleloven §§ 33 og 36, i tilstrekkelig grad reduserte institusjonenes utlånsvillighet i omhandlende tilfeller. Både departementets henvisning til Bankklagenemndas praksis og forbrukerinstansenes uttrykte skepsis bekrefter dette. Under lovforberedelsene ble det derfor av mindretallet i kommisjonen også påpekt at en regel om frarådningsplikt ville ha en forebyggende effekt. Dette fordi eventuelle reduksjoner i gjeldsbyrden vil rette seg mot den enkelte långiver, og på den måten effektivisere frarådningsplikten.<sup>63</sup> Det ligger i sakens natur at en bank vil vokte seg vel i det øyeblikk den risikerer så vidt store nedskrivninger som det i ytterste konsekvens kan være tale om. Dermed poengterte mindretallet at den foreslåtte regel ville kunne ha to viktige sidevirkninger. For det første ville den kunne gi institusjonene ytterligere oppfordring til å unngå långivning til forbrukere uten realistisk oppfatning av egen betalingsdyktighet. For det andre ville regelen kunne føre til større rettferdighet mellom kreditorene ved at en bank som misligholder frarådningsplikten reelt sett må vike plass for de kreditorer som har opptrådt aktsomt i sin kredittgivning. Etter gjeldsordningsloven og dekningsloven blir kreditorer vurdert likt under fordelingen av debtors midler.<sup>64</sup> Det innebærer eksempelvis at en bank som tidlig på året innvilger kunden et fullt forsvarlig lån, i ettertid kan bli likestilt med en annen finansinstitusjon som senere på året gir et lån som låntakeren ikke har økonomisk ryggrad til å bære fordi den totale økonomiske belastningen er blitt for stor. Etter forarbeidene vil denne tilsynelatende urettferdig fordeling unngås i dag fordi avkortningsregelen fører til at den kreditor som har misligholdt frarådningsplikten vil få sin gjeld forholdsmessig avkortet, jfr. finansavtaleloven § 47, 2. pkt, mens de andre kreditorer beholder sin rettmessige

---

<sup>62</sup> Se ovenfor, avsnitt 3.3.2

<sup>63</sup> NOU 1994:19 s. 54.

<sup>64</sup> Gjeldsordningsloven av 17. juli 1992 nr. 99 og dekningsloven av 8. juni 1984 nr. 59.

fordring uavkortet.<sup>65</sup> Samtidig blir eiendeler som tjener som pant for det uforsvarlige lånet, frigitt til dekning av andre usikrede kreditorer, så langt lempningen finner sted.

## 4.2 Lovens vilkår for å utløse frarådningsplikt

### 4.2.1 Innledning

Ved vurderingen av om låntakeren vil være i stand til å betjene gjelden, skal banken ta i betraktning *”økonomiske evne eller andre forhold på låntakerens side”*. Det første vurderingstemaet må etter forarbeidene forstås dithen at det nær sagt er tale om en ordinær kredittvurdering, se nedenfor pkt 2.2.2. Et mer åpent spørsmål er hvorledes det andre kriteriet, *”andre forhold på låntakerens side”*, er å forstå. Er det her kun tale om en plikt til å vurdere forhold vedrørende låntakers tilbakebetalingsevne, eller er banken pliktig å ta andre forhold i betraktning, for eksempel hvorvidt låneformålet er fornuftig? Dette drøftes nærmere under punktene 4.2.2 og 4.2.3.

Det kan undertiden også være et spørsmål om et forhold eller en omstendighet skal henføres under det ene eller det andre kriteriet. Vil for eksempel sannsynlige endringer i låntakers familieforhold falle inn under *”økonomisk evne”* eller *”andre forhold”*. Etter mitt syn har grensedragningen ingen faktisk betydning. Fellesnevneren er at de på ulikt vis påvirker låntakers tilbakebetalingsevne. For fremstillingen her har jeg valgt å henføre forhold som er mer direkte knyttet til låntakers økonomi, så som inntekt, gjeldsbyrde, mulige renteendringer, under *”økonomisk evne”*. Forhold av mer indirekte betydning, så som låneformål, sykdom etc., omtales under *”andre forhold”*.

### 4.2.2 Økonomisk evne

Det første vurderingstemaet finansavtaleloven oppstiller, er altså hvorvidt lånsøkeren har *”økonomisk evne”* til å betjene lånet i henhold til de vilkår som avtales. Dette innebærer for det første at man må vurdere lånets absolutte størrelse mot lånsøkerens totale økonomiske forpliktelser. Ettersom låneavtaler normalt forutsetter en langsiktig nedbetaling, forutsetter forarbeidene videre at lånets avdragsprofil er i overensstemmelse med låntakers likviditetsbehov slik at denne kan *”leve”* med lånet i

---

<sup>65</sup> NOU 1994:19 s. 55

nedbetalingsperioden.<sup>66</sup> Vi ligger altså nær opptil en plikt om forsvarlig kredittvurdering, uten at det i forarbeidene uttrykkelig benevnes som det.<sup>67</sup> Forarbeidene sier likevel at ”det antas at institusjonene i egen interesse har rutiner som sikrer at forsvarlig kredittprøving foretas. Kredittprøving må for øvrig anses for å følge av alminnelige krav til god bankskikk”.<sup>68</sup>

Også på dette punkt er det vanskelig å få et fast grep om forarbeidene. Det er i og for seg greit å følge flertallet når de sier at man ønsker å komme tilbake til en lovfestet offentligrettslig plikt til kredittvurdering i og med disse ikke ønsket en frarådningsplikt. I den anledning poengterer en fraksjon av flertallet at en eventuell kredittvurderingsplikt vil gjøre frarådningsplikten overflødig ved at institusjonen med en slik plikt ikke vil kunne yte lån av noen størrelse uten først å ha innhentet opplysninger om lånsøkers evne og vilje til å tilbakebetale lånet. Man uttalte så at det *”må formodes at dette i praksis vil innebære at lånsøkere normalt vil få en slik informasjon om lånetransaksjonen som avtaleloven og de ulovfestede rettsregler om lojalitet i kontraktsforhold krever at en profesjonell långiver gir”*. Mindretallets begrunnelse fremstår imidlertid som et paradoks. På den ene siden ønsket man å lovfeste frarådningsplikten som nær sagt nødvendiggjør en forsvarlig kredittvurdering. På den andre side ønsket man å komme tilbake til en lovfestet plikt til kredittvurdering, samtidig som man anså en forsvarlig kredittprøving for allerede å følge av prinsippet om god bankskikk. Det kan virke som om mindretallet her ikke hadde noe håp om å få vedtatt frarådningsplikten i første omgang, og dermed ikke fant det nødvendig å gå kredittvurderingen i relasjon til § 47 nærmere i sømmene. Konsekvensen etter mindretallets syn, innebærer at man dermed vil ende opp med den paradoksale situasjon at man har en lovfestet frarådningsplikt uten plikt til forsvarlig kredittvurdering, samtidig som man ved siden av har en offentligrettslig plikt til kredittvurdering, men som i utgangspunktet ikke vil ha noen privatrettslig virkning,

Sett fra lånegivers ståsted, vil hovedspørsmålet ved all långivning være hvorvidt kunden tilbakebetaler kreditten med fullt beløp til riktig tid. Sagt med andre ord, om kunden er i stand til å betjene sine løpende økonomiske forpliktelser. For banken blir derfor formålet med kredittvurderingen i første rekke å unngå tap på egen hånd. Ved siden av dette vil kredittvurderingen være bestemmende for prisingen av lånet. Således vil en

---

<sup>66</sup> NOU 1994:19 s. 55

<sup>67</sup> Se NOU 1994:19 s. 55

<sup>68</sup> Tilsvarende i Eidsivating lagmannsretts kjennelse 5. januar 2003, hvor man uttalte at lagmannsretten ”vil peke på at finansieringsinstitusjonene rutinemessig må vurdere hvor stort lån forbrukeren har realistisk mulighet til å betjene. Dette følger av frarådningsplikten som blant annet er nedfelt i finansavtaleloven § 47”. Det ble dog presisert at ”den enkelte låntaker kan ikke utlede rettigheter av bankens kredittvurderinger”.



antatt sikker betaler få rimeligere kreditt enn den låntaker det hersker usikkerhet ved. Normalt vil imidlertid den prisen på lånet være mest avhengig av den stille sikkerhet. Når man taler om en *plikt* til kredittvurdering, er dette i første rekke ut fra låntakers interesser ved å forhindre at denne blir stilt i en vanskelig økonomisk situasjon som den selv ikke evner å se. Dermed er hensynene i forhold til forbrukeren de samme, enten det er tale om plikt til kredittvurdering eller plikt til frarådning.

Den tradisjonelle fremgangsmåten ved kredittvurderingen har for bankene vært en prosess hvor man først har søkt å kartlegge lånsøkers finansielle styrke, inntjening og fremtidsutsikter for deretter å se på verdien av den eventuelle sikkerhet som stilles for lånet.<sup>69</sup> En fremgangsmåte for kredittvurdering har i amerikansk teori vært fremstilt som ”De fem C’er”; Capacity (tilbakebetalingsevne), Character (tilbakebetalingsvilje), Capital (aktiva), Collateral (sikkerhet) og Conditions (lånsøkers rammebetingelser).<sup>70</sup> Fremgangsmåten som her beskrevet er skiller seg noe fra den som må foretas i forhold til § 47. For det første tilsier formålet bak regelen, å hindre at låntaker låner mer enn han selv kan betjene, at vurderingen må skje uten hensyn til om betryggende sikkerhet er stilt.<sup>71</sup> For det andre tilsier ”økonomisk evne” at heller ikke tilbakebetalingsviljen må vurderes. Eksempelvis kan en lånekunde ha finansiell styrke til å betjene sin gjeld, mens det kan være så som så med viljen til faktisk å betale.

Utgangspunktet for vurderingen må tas i lånsøkerens økonomiske evne på tidspunktet for låneavtalens inngåelse. Sentralt står lånsøkers dokumenterte inntekts- og formuesforhold, samt hans økonomiske forpliktelser på avtaletidspunktet, herunder samlet gjeldsbyrde, forsørgerbyrde og andre løpende og nødvendige utgifter for generell livsutfoldelse.<sup>72</sup> Herunder kommer også eventuelt nye utgifter knyttet til selve kjøpeobjekten lånet er ment å finansiere. Tilkommer det for eksempel økte utgifter i form av fellesutgifter ved kjøp av leilighet må dette tas med i vurderingen. Banken må i denne forbindelse kritisk vurdere om den dokumentasjon den får seg forelagt gjør det forsvarlig å innvilge lån og samtidig om dokumentasjonen faktisk er

---

<sup>69</sup> Banks, Liability and Risk, 2.utg (1995), redaktør Ross Cranston s. 155. Se også Sven-Olof Wärnsund/Susanne Johansson, God kreditgivningssed i konsumentförhållanden (1998) s. 27.

<sup>70</sup> Erling Green, Kreditbedömning och intuition – ett tolkningsförslag (1997) s. 32.

<sup>71</sup> NOU 1994:19 s. 55.

<sup>72</sup> Se BKN-03108 hvor forsørgerbyrden ble vektlagt.

riktig og tilstrekkelig. I denne forbindelse kan det spørres hvorvidt institusjonen er underlagt noen form for undersøkelsesplikt?

Forarbeidene presiserer at institusjonene ikke har noen plikt til aktivt å innhente opplysninger for å undersøke om låntakeren har økonomi til å betjene lånet.<sup>73</sup> Således må utgangspunktet være at institusjonen ikke har noen slik undersøkelsesplikt, men kan nøye seg med den dokumentasjonen den får seg forelagt. Spørsmålet er imidlertid om det likevel må oppstilles unntak fra dette utgangspunkt.

I forhold til avtl. § 33, er det i teorien lagt til grunn at bestemmelsen ikke bare rammer de tilfellene hvor løftemottageren faktisk ”kjente til” omstendigheter som tilsa en reaksjon, men også hvor løftemottageren burde ha kjent til omstendighetene.<sup>74</sup>

Underforstått tilsier dette at løftemottageren i gitte situasjoner har en oppfordring til å foreta nærmere undersøkelser.

Denne tendensen er også å spore i rettspraksis, jfr. Rt 1995 s. 1540. Saken dreide seg riktignok om tilsidesettelse av en kausjon etter avtl. § 36, men Høyesterett berørte i den forbindelse bankens undersøkelsesplikt i forhold til låntakernes forhold. Låntakerne hadde blitt innvilget et lån på til sammen kr 832 000 for kjøp av bolig for kr 800 000. Høyesterett bemerket at størrelsen på lånet, sammenholdt med kjøpesummen, burde ”medføre en mer grundig behandling av søknaden” fra bankens side. Høyesterett uttalte så at lånet ”framsto ikke som ordinært, og nærmere undersøkelse av lånsøkernes økonomiske forhold måtte være nærliggende”. Man kan på bakgrunn av dommen neppe oppstille noen generell undersøkelsesplikt. Lånet i saken fremsto ikke som ordinært, og det var dette som gav en oppfordring til banken om å foreta nærmere undersøkelser. På generell basis er det derfor grunn til å tro at det er først der det foreligger særlige omstendigheter, at institusjonene etter omstendighetene pålegges en undersøkelsesplikt. Neste spørsmål blir hvorvidt institusjonen uten videre kan legge til grunn at den dokumentasjonen den får seg forelagt er korrekt. Utgangspunktet må også her være at institusjonen kan stole på den informasjonen den mottar, jfr. det alminnelige utgangspunktet om kundens egen risiko. Det må imidlertid også her kunne tenkes tilfeller hvor institusjonen plikter å gå dokumentasjonen nærmere i sømmene. Dette må iallfall gjelde hvor banken ut fra sin sakkyndighet må forstå at den forelagte

---

<sup>73</sup> NOU 1994:19 s. 55

<sup>74</sup> Se Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 149 flg. med videre henvisning til Stang. Se også Woxholth s. 323

dokumentasjon ikke er korrekt. I BKN-02104 ble det fra bankens side uten videre lagt til grunn at lånsøker hadde krav på overgangsstønad til tross for at det var åpenbart at hun ikke var enslig forsørger, og således ikke hadde krav på stønaden. I og med at stønaden utgjorde en vesentlig del av lånsøkers inntekt fant nemnda at ”banken burde etterprøvd om YY hadde krav på overgangsstønad”. Noe annerledes blir situasjonen dersom lånsøker bevisst holder tilbake informasjon av betydning for kredittvurderingen. Etter min mening skal det da svært mye til for at institusjonen må stå til ansvar. Et eventuelt ansvar på institusjonens hånd, må i så fall være betinget av at institusjonen positivt vet at lånsøker holder tilbake opplysninger av betydning for tilbakebetalingsevnen, idet det er lite rimelig å pålegge institusjonen ansvaret for lånsøkers uredelighet. Situasjonen er imidlertid ikke særlig praktisk siden det er lite sannsynlig at institusjonen låner ut penger i et slikt tilfelle. Oppsummeringsvis kan det altså sies at institusjonen neppe har noen mer generell undersøkelsesplikt, men at det etter omstendighetene kan tenkes at den er forpliktet til nærmere å foreta undersøkelser eller etterprøve den dokumentasjon som er forelagt.

Når institusjonen etter dette har kartlagt lånsøkers økonomiske stilling på avtaletidspunktet, sier forarbeidene at bankene i sin videre vurdering må se hen til den forventede utvikling av lånsøkers økonomiske evne.<sup>75</sup> Dette omtales i forarbeidene som ”kjente og sannsynlige fremtidige regelendringer eller endringer i låntakers situasjon”, herunder ”varslede innstramninger i skattereglene eller endringer i rammebetingelsene for den næringsutøvelse forbrukeren driver”. Felles for disse vurderingstemaene er at de i en eller annen grad må påvirke låntakerens tilbakebetalingsevne. Uttalelsene i forarbeidene tyder på at det må være tale om mer konkrete holdepunkter, og at institusjonen i utgangspunktet kan se bort fra den normalrisikoen som gjør seg gjeldende, eksempelvis den mer alminnelige risiko for skatteendringer eller konjunktursvingninger.

Et vurderingstema som altså bør tas i betraktning, er muligheten for rentesvingninger. Hvor lånerenten er lav ved inngåelsen av låneavtalen, vil markante endringer kunne påvirke tilbakebetalingsevnen i betydelig grad. Tilsvarende må institusjonen vurdere

---

<sup>75</sup> NOU 1994:19 s. 55

mulige endringer i offentligrettslige regler, eksempelvis endringer i skattereglene som får betydning for låntakerens lønn eller endringer i skattereglene av betydning for såvel kjøpeobjektet lånet er ment å finansiere samt andre formuesgoder i hans eie. Dersom andre regelendringer, så som boplikt og konsesjoner, er sannsynlige og vil ha innvirkning på låntakers tilbakebetalingsevne, må disse også hensyntas i vurderingen. Av stor betydning er også låntakerens sannsynlige reallønnsvekst, likeledes den reelle sannsynlighet for reallønnsnedgang. I lys av at disse fremtidige endringer må være sannsynlige, vil de først være relevante hvor institusjonen har faktisk kunnskap om dem.

Er lånet gitt under forutsetning av at man forventer en økning i låntakers inntekter, må det stilles krav til at banken har visse konkrete holdepunkter i forhold til dette, jfr. uttrykket ”sannsynlig” i forarbeidene. I BKN-03097 uttalte nemnda at banken ”ikke kan legge til grunn åpenbart urealistiske forventninger om fremtidig inntekt uten å risikere å komme i ansvar”. Tilsvarende i BKN 02024 der det ble bemerkt at ”forventningen om ekstraintekt synes å være temmelig løst fundert, i hvert fall vurdert på bakgrunn av de opplysninger og den dokumentasjon som har vært fremlagt i ettertid”. Nemnda tok imidlertid ikke stilling til hvilken betydning dette måtte ha.

Et særlig spørsmål oppstår hvor institusjonen sitter inne med opplysninger som kunne utløse frarådningsplikt, men som institusjonen etter taushetspliktsreglene ikke kan opplyse om til låntakeren. Eksempelvis kan institusjonen også sitte som hovedbankforbindelse til låntakerens arbeidsgiver, og i denne egenskap kjenne til at bedriften snart vil bli slått konkurs eller at arbeidsstokken vil bli sagt opp. Spørsmålet blir da hvordan dette skal løses etter finansavtaleloven § 47. Etter forarbeidene må problemet løses ved at institusjonen enten innhenter samtykke til å gi opplysningen eller ved at den avslår å yte kreditt.<sup>76</sup>

Et slikt ubegrunnet avslag kan imidlertid ha den uønskede konsekvens at lånsøkeren henvender seg til en annen bank, som ikke kjenner til bedriftens betalingsproblemer, og av den grunn yter lånet med det resultat at låntaker kommer i betalingsvansker. Problemet avhjelpes ved at den uvitende banken undertiden kan få det foregående avslag begrunnet, ettersom taushetsplikten er lempeligere banker imellom, jfr. Kredittilsynets rundskriv 11/2000 punkt 3.1 med videre henvisninger. Dette innebærer at den bank som har mistanke om at avslag tidligere er gitt, bør undersøke begrunnelsen for avslaget nærmere.

---

<sup>76</sup> NOU 1994:19 s. 55

#### 4.2.3 Andre forhold

Foruten økonomiske evne foreskriver § 47 at også ”*andre forhold på låntakers side*” kan tas i betraktning ved vurderingen av om låntakeren bør frarådes låneopptaket. Selv om det synes lite praktisk, innebærer dette at institusjonen vil kunne få en frarådningsplikt på tross av at det økonomiske aspektet er tilfredsstillende. Normalt vil man nok imidlertid se at det enten er økonomiske evne alene, eller de to vurderingstemaene i fellesskap som utløser frarådningsplikten. Spørsmålet er da hvilke ”*andre forhold*” bestemmelsen sikter til? Ordlyden henspeiler etter en naturlig ordfortolkning på en bred prøvelse av låntakers stilling. Sett i sammenheng med bestemmelsen hovedformål, å unngå at låntakeren tar opp lån som denne ikke vil være i stand til å betjene på vanlig måte, må man imidlertid avgrense omfanget av vurderingen til å omfatte forhold som har betydning for låntakerens tilbakebetalingsevne av det aktuelle lån. Dermed plikter institusjonen kun å vurdere forhold som vil kunne ha betydning for det konkrete avtaleforhold. Slik sett er bestemmelsen i overensstemmelse med redelighetskriteriet i avtalelovens § 33 som omhandler opplysninger om forhold den annen part hadde grunn til å regne med å få, se ovenfor punkt 3.3.2.

Forarbeidene er sparsomme med hensyn til hva som regnes som ”*andre forhold*”. Ut fra eksempelet som oppstilles, kan det imidlertid slutes at låneformålet vil kunne falle inn under vurderingen. Forarbeidenes eksempel dreier seg om det forhold at en institusjon i forbindelse med finansieringen av kjøp av en leilighet oppdager at kunden er i ferd med å betale betydelig over markedspris for leiligheten, og at dette kan utløse frarådningsplikt. Situasjonen er betinget av at institusjonen faktisk er gjort kjent med at formålet med låneopptaket er leilighetskjøp.<sup>77</sup> Eksemplet er hentet fra en fransk høyesterettsdom hvor et ektepar fikk lempet sine gjeldsforpliktelser overfor en bank da denne kjente til at ekteparet hadde betalt overpris for en leilighet.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Det er grunn til å tro at det uansett følger av god bankskikk et krav om at långiver gjør seg kjent med låneopptakets formål. Se eksempelvis The Mortgage Code, 2. utg. (1998) art. 4.1 hvor det sies at långiver under vurderingen av låntakers tilbakebetalingsevne kan be om ”*information supplied by you [lånekunden], including verification of your identity and the purpose of the borrowing*”. Tilsvarende i The Banking Code (2001) art 11.1, men hvor man taler om ”*why you [lånekunden] want to borrow the money*” (The Mortgage Code og The Banking Code er regelsett for god långivning overfor forbrukere i Storbritannia, og som lånegivere tiltrer frivillig). Se også Sven-Olof Wärnsund/Susanne Johansson, God

Saken dreide seg om spørsmål i tilknytning til en gjeldsordningslov. Etter lovens art. 12, som var temaet for saken, kan likestillingen mellom kreditorer fravikes til skade for den kreditor som har unnlatt å fraråde. I saken ble den banken ansett for å ha opptrådt uaktsomt idet den hadde unnlatt å bemerke det store spriket mellom pantelånet størrelse og pantets (leilighetens) verdi. Eksempelet synes å være overensstemmelse med de sidehensyn frarådningsplikten etter forarbeidene er ment å fylle, jfr. redegjørelsen ovenfor om den uaktsomme lånegivers fare for å få avkortet sitt tilgodehavende under en eventuell gjeldsordningsforretning. Teorien har likevel vært skeptisk til bruken av dommen og dennes overføringsverdi. Viggo Hagstrøm mener at Banklovkomisjonens har tillagt dommen en feilaktig forståelse og uttaler at "utleggingen av fransk rett på dette punkt har vært nokså dristig, og at frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 47 har fått en ganske annen rekkevidde enn de nevnte franske regler".<sup>79</sup>

Dermed oppstår spørsmålet om institusjonen plikter å vurdere fornuften i låneformålet på generell basis, eller om vurderingen kan avgrenses til de tilfeller hvor låneformålet påvirker låntakers tilbakebetalingsevne eller totale økonomiske situasjon i negativ retning. Problemstillingen kan illustreres med det tilfellet hvor en lånekunde betaler betydelig overpris for en leilighet, men hvor denne likevel ikke får problemer med å betjene lånet. Motsatt; at leilighetskjøpet i vesentlig grad forringer lånsøkers samlede betjeningsevne, i hvert fall så snart tapet realiseres ved et senere boligbytte.

Isolert sett tyder uttalelsen i forarbeidene, om at institusjonen bør ha en frarådningsplikt dersom den ved finansieringen av en leilighet oppdager at kunden er i ferd med å betale betydelig over markedspris, på en relativt bred og uavhengig prøvelse av låneformålet fra institusjonens side. Selv om eksempelet sannsynligvis er inspirert av en feilaktig forståelse av den ovennevnte franske høyesterettsdommen, er det i utgangspunktet grunn til å tro at det var en slik bred prøvelse man faktisk tilsiktet. Går man forarbeidene og annen lovgivning nærmere i sømmene oppstår det imidlertid adskillig tvil. Dersom institusjonene til enhver tid skal bære risikoen for at ethvert låneformål var fornuftig, ville dette kunne innebære ansvar for en tredjeparts prestasjon uten at institusjonen og tredjepart står i et avtaleforhold med hverandre. Dermed ville bankens

---

kreditgivningssed i konsumentförhållanden (1998) s. 28 med henvisning til 2 kap. 13 § bankrörelselagen og 1 kap. 4 § lagen om finansieringsverksamhet.

<sup>78</sup> Dom fra førstekammeret i Cour de Cassation av 24. februar 1993, Recueil Dalloz Sirey – 1993 I.R. s. 80.

<sup>79</sup> Viggo Hagstrøm, Obligasjonrett (2003) s. 167.

frarådningsansvar i forhold til låneavtaler ligge tett opp mot plasseringsrådgivning eller annen finansiell rådgivning. Dette har neppe vært lovgivers intensjon. Ser man hen til forarbeidene, sier disse at kommisjonen vurderte flere typer tiltak mot uheldige lånopptak, og skilte her mellom rådgivningsansvar og frarådningsplikt.<sup>80</sup> Dette må anses som en klar indikasjon på at man ikke hadde til hensikt å legge et generelt rådgivningsansvar inn under lovens § 47. Også formålet bak frarådningsplikten tilsier en slik forståelse. Uttalelsene i forarbeidene om at hovedformålet med mindretallets forslag er å ”hindre at låntakeren tar opp lån som denne sannsynligvis ikke vil makte å betjene på vanlig måte” og dermed ”unngå de vanskeligheter som låneopptaket ville ha medført”, trekker også i retning av at institusjonen kun plikter å vurdere fornuften i låneformålet dersom denne kan påvirke lånsøkers forventede tilbakebetalingsevne

Etter kjøpsloven 17 (2) bokstav b) risikerer selgeren å pådra seg mangelsansvar dersom tingen viser seg ikke å være egnet for kjøpers aktuelle formål med kjøpet. Det være seg kjøperens formål representerer alminnelige publikumsforventninger eller kjøperen har mer spesielle ønsker og behov. Forutsetningen er at selgeren var eller måtte være kjent med kjøperens aktuelle formål med kjøpet. Tilsvarende regel finner man i avhendingsloven § 3-2 (1) bokstav b). Bestemmelsene vil typisk dekke de tilfelle der selgeren ved sin befatning med kunden har påtatt seg rådgivnings- og veiledningsfunksjoner i tilknytning til selve anskaffelsen.<sup>81</sup> En situasjon som ligger nært opp til de plikter institusjonene er ilagt etter finansavtaleloven § 47. En vesensforskjell er imidlertid at selgeren i ovennevnte tilfeller kun er ansvarlig i forhold til sin egen ytelse.<sup>82</sup> Når en bank inngår avtale om lån med en lånekunde, er det selve lånebeløpet som er ytelsen, mens ytelsen som lånet skal finansiere kommer fra en tredjepart.<sup>83</sup> I forarbeidene til bustadoppføringsloven uttales det således i forbindelse med frarådningsplikten, jfr. § 8, at entreprenøren stort sett ikke trenger å ha oppfatninger om arbeid som skal utføres av andre fagfolk, jfr. NOU 1992:9 s. 61. En annen effekt ville være at den kjøper som finansierer sitt kjøp gjennom lån i gitte situasjoner kunne oppnå

---

<sup>80</sup> NOU 1994:19 s. 53

<sup>81</sup> Kai Krüger, Norsk kjøpsrett, 4. utg. (1999) s. 196.

<sup>82</sup> Jeg ser her bort fra eventuelt ansvar i forhold til underleverandører, kontraktsmedhjelpere osv.

”dobbelt” beskyttelse ved at både selger og långiver kunne ha en plikt til å vurdere formålet, mens den kjøper som finansierer sitt kjøp ved egne midler kun har selgeren å stole på.

Også i rettspraksis i tiden før finansavtalelovens ikrafttredelse finner man støtte for dette syn. I Rt 1998 s. 761 var høyesterett ikke enig i saksøkers subsidiære anførsel om at det ville stride mot avtl. §§ 33 og 36 å kreve et lån tilbakebetalt uten at prosjektet var fullfinansiert: ”At et prosjekt blir mislykket, må som det klare utgangspunkt være låntakerens, ikke lånegiverens, risiko”. Tilsvarende i RG 1995 s. 400 hvor man uttalte at ”det [må] i utgangspunktet være den enkelte kontraktsparts risiko at hans forutsetninger og forventninger holder stikk, herunder at han har rimelig mulighet til å betjene et lån han tar opp”. Högsta Domstolen la et tilsvarende synspunkt til grunn i NJA 1996 s. 1 når den uttalte på tross av at banken regelmessig får opplyst formålet med kreditten ”kan det inte anses föreligga någon principiell skyldighet för banken att pröva det lempliga i hur låntagaren avser att använda pengarna. Kreditprövningen har til främsta syfte att utreda om låntagaren har formåga att uppfylla villkåren i kreditavtalet och utrymme i sin ekonomi för kreditåtagandet”.

Underretten i samme sak mente at en generell plikt for banken til å vurdere låneformålet ville være ensbetydende med at banken var pålagt et oppdrag om plasseringsrådgivning. Uttalelsene samsvarer godt med den uttrykkelige reservasjon man tok i finansavtalelovens forarbeider om ikke å innta noen alminnelig rådgivningsansvar for institusjonene (se ovenfor).

Avgjørelsen fra Högsta Domstolen finnes også referert i BKN 98015 hvor man tolket resonnementet dithen at ”bankens oppgave ikke var å prøve den forretningsmessige siden av et engasjement”, men tvert om å ”vurdere debtors forventede evne til å oppfylle villkårene i kredittavtalen”. Nemnda fant dermed at bankenes eventuelle ”lojalitetsplikt ikke omfatter en kundes forretningsbeslutninger” og pålegger heller ingen ”prinsipiell plikt til å fraråde en kunde å engasjere seg i en forretningsvirksomhet”, noe som i hovedsak måtte antas å være i samsvar med norsk rett.

Det må likevel oppstilles visse begrensninger i forhold til hva slags type låne-transaksjoner institusjonen kan begi seg inn på. I tiden før finansavtaleloven finner man flere eksempler på at institusjonen er blitt ansett for å handle uaktsomt ved långivning



fordi låneformålet isolert fremsto som tvilsomt. I BKN 91111 fant nemnda at banken hadde handlet i strid med god forretningsskikk ved å innvilge et lån. Saken gjaldt en 81 år gammel manns lånopptak til finansiering av to kopier av gamle robåter, såkalte Vengebåter. Prisen per båt var på 285 000, og mannen satset på å leie ut båtene til hoteller. Det var etter Bankklagenemnda oppfatning åpenbart at forretningsideen ikke var realistisk, og nemnda fant det klanderverdig av banken å bidra med finansiering. Det må legges til at det var flere faktorer som bevirket nemndas avgjørelse (se nedenfor), men synspunktet var at det må "være grenser for hvilke transaksjoner banken kan medvirke til". I BKN 97008 hadde to ansatte i et firma tatt opp personlige lån som ble stilt til rådighet for arbeidsgiveren for å bedre likviditeten i firmaet. Banken var klar over låneformålet og firmaets vanskelige økonomiske situasjon, og nemnda fant at banken i alle fall måtte ha en utvidet informasjonsplikt om hvilken risiko låntakerne påtok seg ved å oppta denne typen likviditetslån. Nemnda anså låneformålet i denne saken som ekstraordinært, og uttalte at den "stiller seg tvilende til om banker i det hele tatt bør medvirke til transaksjoner som den foreliggende...". Også i BKN 95063 stilte nemnda seg kritisk til bankens vurdering av låneformålet. Klager ønsket å bedre sin generelle likviditet samt disponere midler til en behandlingsreise i utlandet, og tok opp lån på henholdsvis kr 960 000 og kr 450 000 i to forskjellige banker for å investere i livrente og aksjefondsandeler. Da klagers økonomi etter hvert ble trang, tok hun ut klage mot den ene banken med påstand om at låneavtalen måtte kjennes ugyldig. Bankklagenemnda erkjente at låneformålet i og for seg var fornuftig, men sa at den "antar generelt at banker i utgangspunktet bør være tilbakeholdene med å medvirke til finansieringsordninger som den foreliggende til privatpersoner med begrensede økonomiske ressurser". Også her må det legges til at nemnda ikke ga klager medhold da den ikke fant lånesaken som et "håpløst foretakende" (se ovenfor). Det kan nok legges til grunn at resultatet ville blitt et annet om klagers økonomi hadde vært ytterligere forverret. Det sentrale er imidlertid at nemnda er skeptisk til bankenes praksis, og uttrykker at disse i større grad burde ha vurdert låneformålene i sin helhet. Ser man disse avgjørelsene i lys av formålet med frarådningsplikten, og loven generelt, nemlig å bedre låntakers stilling, er det grunn til å tro at listen ligger enda lavere i dag. Derfor vil man nok kunne se at frarådningsplikten i større grad vil inntre, ikke bare hvor det er fare for låntakers tilbakebetalingsevne, men også hvor låneformålet etter sin art tilsier det. Særlig vil dette gjelde hvor låneformålet må anses særlig risikofylt. Dette

innebærer at institusjonene nok må trå varsomt i de tilfeller hvor det er tale om sjeldne investeringer, som for eksempel kjøp av kunst eller antikviteter hvor det kan herske stor usikkerhet rundt objektets verdiutvikling. Det må etter min mening likevel være en forutsetning for plikten, at låntaker ikke evner å se den risikoen han påtar seg. Står institusjonen ovenfor velstående som person, som med viten og vilje påtar seg risikoen, uten at en eventuell forfeiling påvirker tilbakebetalingsevnen, så kan heller ikke institusjonen ilegges vurderingsrisikoen idet begrunnelsen om en sakkyndighetsovervekt ikke gjør seg gjeldende.

Konklusjonen må etter mitt skjønn være at institusjonen som hovedregel ikke plikter å vurdere låneformålet utover det som er nødvendig for å fastlegge lånekundens tilbakebetalingsevne. Det er imidlertid grunn til å tro at vurderingen i enkelte sjeldne tilfelle må utvides til å omfatte låneformålet fornuft uavhengig av tilbakebetalingsevnen. Særlig aktuelt er dette, hvor det for låntakeren er tale om risikable eller uvanlige investeringer, og der det er tydelig at låntaker ikke evner å se dette. Hvor grensen går, er imidlertid vanskelig å fastslå på generell basis, og må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle.

For det tilfellet at banken plikter å foreta en særlig vurdering av låneformålet, blir spørsmålet i hvilken grad institusjonens sakkunnskap påvirker vurderingen som skal foretas etter § 47. Som allerede nevnt, er en av begrunnelsene bak frarådningsplikten den sakkyndighetsforskjellen som antas å foreligge mellom partene. I forarbeidene er det således fremhevet at institusjonen relativt lett vil kunne konstatere hvorvidt låneopptaket står i forsvarlig forhold til låntakers økonomi, og på denne måten ønsket man at institusjonenes sakkunnskap og erfaring skulle komme forbrukeren til gode.<sup>84</sup> Spørsmålet er om dette fullt ut kan legges til grunn også i en situasjon som dette. Etter mitt syn kan det kanskje hevdes at en her må se hen til om det faktisk foreligger noen relevant sakkyndighetsforskjell. Klart nok vil det være slik at banken, som den profesjonelle part, gjennomgående vil ha et ikke ubetydelig sakkyndighetsoverskudd. Men dersom det konkrete låneformålet er av en slik art at banken ikke nødvendigvis har bedre forutsetninger for å vurdere formålstjeneligheten, er det heller ingen grunn til at

---

<sup>84</sup> NOU 1994:19 s. 54

institusjonene skal bli pålagt vurderingsrisikoen.<sup>85</sup> Sagt på en annen måte: banken vil bare ha et sakkyndighetsoverskudd som "bank". En kan her trekke en parallell til frarådningsplikten etter bustadsoppføringslova § 8. Forarbeidene til denne loven knytter frarådningsplikten til entreprenørens fagkunnskap som entreprenør, det vil si at den typisk omfatter byggetekniske vurderinger, valg av materialer og lignende.<sup>86</sup> Er det tale om andre forhold, er det ikke gitt at entreprenøren har noen slik plikt – nettopp fordi han da ikke nødvendigvis vil være den mest sakkyndige. Spørsmålet er da på hvilke områder institusjonen må antas å ha en slik særlig kunnskap.

Ved kjøp av bolig, hytte, båt og bil må det kunne stilles høye krav til institusjonens sakkyndighet idet institusjonen finansierer slike kjøp daglig. Institusjonen må således ganske enkelt kunne konstatere om kjøper for eksempel er i ferd med å betale "betydelig over markedspris" for kjøpeobjektet. Motsatt kan det ikke stilles like høye krav til bankens sakkyndighet hvor det er tale om feinschmecker-pregede kjøp som for eksempel kunst og antikviteter, med mindre institusjonen har særskilt ekspertise på området.

Et spørsmål i denne forbindelse er om det generelt kan foretas identifikasjon av kunnskap innad i institusjonen, noe som i sin tid kan få betydning for hvilken sakkyndighet institusjonen forventes å ha i forhold til anvendelsen av frarådningsplikten etter § 47. Spørsmålet må sees i sammenheng med at finansinstitusjonene i stadig større grad har vokst fra å være rene kredittgivere, til å bli totalleverandører av finansielle tjenester. På denne måten har også kunnskapsnivået samlet sett økt. At identifikasjon av konsernkunnskap kan foretas, følger av Rt 1980 s. 1586. I saken var Høyesterett i utgangspunktet i tvil om den aktuelle realdebitor alene hadde nok kunnskap, men sammenholdt med de øvrige konsernselskaper som bidro til oppfyllelsen av kontrakten, fant retten at kunnskapskriteriet var oppfylt. Tilsvarende i BKN-92045, hvor nemnda uttaler at selv "om det ikke har vært de samme personer i banken som har truffet beslutning om innvilgelse av lånet og oppsigelsen av engasjementet, dreier det seg ihvertfall om beslutninger fattet innen samme region". Avgjørelsen antyder at det likevel må være grenser for hvor langt identifikasjonen rekker. I saken var det tale om

---

<sup>85</sup> Tilsvarende etter eldre rett, se punkt 3.3.2 ovenfor.

<sup>86</sup> NOU 1992:9 s. 61

identifikasjon av detaljkunnskap, og identifikasjonen ble begrunnet med at det var nær geografisk tilknytning mellom beslutningstakerne. Hadde avstanden vært lenger er ville nok konklusjonen blitt en annen. Med dagens teknologi kan det riktignok innvendes at de geografiske skillelinjene i stor grad viskes ut, men det er grunn til å tro at identifikasjonen i hovedsak først bør skje hvor det er tale om kunnskap som de ulike avdelinger besitter i egenskap av sin fagkunnskap.

Utover låneformålet tilsier begrepet ”andre forhold” at det er få begrensninger i forhold til hva institusjonen kan ta inn i vurderingen, forutsatt at dette får betydning for låntakers tilbakebetalingsevne. Eksempelvis vil endringer i låntakers familiesituasjon kunne være relevant.<sup>87</sup> Hvor det er gitt lån til et ektepar i fellesskap, men hvor en skilsmisse synes nært forestående, vil dette lett kunne få innvirkning på tilbakebetalingsevnen, og således tilsi en frarådning. For et ungt par i etableringsfasen kan bilde bli et annet, for eksempel ved at man må ta inn i vurderingen en mulig familieførøkelse med dertil økende utgifter. Noe som igjen kan påvirke tilbakebetalingsevnen. Dersom det er en fare for at låntaker vil bli syk og at dette vil gå utover hans inntjeningssevne, må dette også tas med i vurderingen. Et annet forhold som har vært oppe i praksis og ansett som relevant, er hvor låntakers mentale tilstand er svak, men hvor denne likevel ikke er umyndiggjort. Forutsetningen er at avtalen er motivert av sykdommen<sup>88</sup>

Endelig er spørsmålet i hvilken grad institusjonene har en undersøkelsesplikt i forhold til ”andre forhold”. Utgangspunktet må også her være at institusjonen ikke plikter å undersøke mer enn hva forholdene tilsier. Dette innebærer at hvor det ikke er synlig for institusjonen at ytterligere undersøkelser bør foretas, så er den heller ingenting å laste hvis så ikke gjøres. Motsatt, hvis banken får en tydelig oppfordring til å undersøke nærmere må den gjøre det. I praksis vil nok disse type forhold normalt være mindre synlig for banken enn de typiske økonomiske forhold. Således er banken i større grad avhengig av å bli opplyst. Mer om dette ovenfor, punkt 4.2.2.

---

<sup>87</sup> Jfr. BKN-00001

<sup>88</sup> Jfr. eksempelvis

### 4.3 Terskelen for frarådning

Etter at institusjonen har vurdert de relevante premisser, jfr ovenfor, er spørsmålet hvilke størrelser som kreves for at frarådningsplikten inntre. Som nevnt i punkt 3.3.3, var terskelen etter tidligere rett svært høy, jfr. uttrykket ”håpløst foretagende”. I lys av forarbeidenes uttaleleser om at den nye bestemmelsen i hovedsak samsvarer med tidligere rett, skulle man derfor i utgangspunktet tro at listen fremdeles ligger høyt. Ordlyden til § 47 gir imidlertid anvisning på en noe lavere terskel idet den sier at lånsøker bare ”alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet”. Spørsmålet er da for det første hvilken grad av sannsynlighet som kreves. Etter tidligere rett måtte sannsynligheten for mislighold være tilnærmet 100 % sikker. Etter forarbeidene må man i dag legge til grunn at grensen er krysset hvor det på avtaletidspunktet foreligger ”en markert risiko for senere mislighold”.<sup>89</sup> En slik markert risiko foreligger der det ”i utgangspunktet fortøner seg som sannsynlig at låntakeren vil være ute av stand til å betjene lånet”.<sup>90</sup> Utfra forarbeidene er det altså tilstrekkelig med ordinær sannsynlighetsovervekt hvilket innebærer at man må vurdere hvilket utfall som er mest sannsynlig.

Denne sannsynligheten henger nøye sammen med hvilke økonomiske oppofrelser låntaker må tåle. Etter tidligere rett la man til grunn en høy smerteterskel for låntaker. I utgangspunktet må man anta at det også i dag skal mye til før smertegrensen er nådd. I BKN-03140 uttaler nemnda at de i et tilfellet som det foreliggende vil ”anta at lånegivers frarådningsplikt som utgangspunkt vil inntre fra det tidspunkt hvor kunden ikke har midler til å betjene lånet”. På bakgrunn av den stadige utviklingen i retning av et sterkere forbrukervern, herunder finansavtalelovens hensikt om å bedre forbrukeren stilling, er det likevel grunn til å tro at låntakerens smerteterskel er noe lavere.

I praksis har det vært vanlig å oppstille en tommelfingerregel om låntaker kan tåle et lån tre ganger sin egen inntekt. I BKN- 96031 uttalte nemnda i denne forbindelse at en ”en slik regel i hvert fall ikke kan benyttes på beskjedne inntekter”. Årsaken til dette er at utgifter til livsopphold utgjør absolutte beløp, ikke prosentvise størrelser.

---

<sup>89</sup> NOU 1994 s. 55

#### 4.4 Kravet til frarådommen

Etter finansavtaleloven § 47 er det formkrav til frarådommen ved at finansinstitusjonen ”skriftlig må underrette låntakeren om dette”.<sup>91</sup> Bakgrunnen for dette fremgår ikke direkte av forarbeidenes behandling av frarådningsplikten. Ser man hen til de hensyn som oppstilles bak skriftlighetskrav ellers i loven, må det imidlertid antas at viktige hensyn er å skape orden og notoritet rundt frarådommen.<sup>92</sup> Låneavtaler strekker seg gjerne over tid, og det kan etterhvert være problematisk å påvise hvorvidt en frarådning fant sted eller ikke. Hvor eventuell konflikt oppstår, vil således et skriftlig frarådningsdokument være nyttig for å avgjøre om institusjonen har overholdt sin frarådningsplikt eller ikke. Samtidig vil en skriftlig frarådning bidra til å klargjøre og poengtere overfor låntakeren den alvorlige situasjonen han risikerer å komme ut for dersom lånet tas opp.<sup>93</sup> Skriftlighetskravet henger på denne måten sammen med kravet til frarådningsinnhold, ved at frarådningsformen bidrar til å klargjøre budskapet. Det kan undertiden stilles spørsmål ved om banken spesifikt må presisere at den fraråder låneopptaket eller om frarådommen kan fremgå på andre måter. Problemstillingen illustreres av BKN-03108, hvor det var spørsmål om hvorvidt banken hadde overholdt sin frarådningsplikt i forbindelse med en låntakers lånopptak og finansiering av sitt barndomshjem. Nemndas flertall kom til at det ikke forelå noen frarådningsplikt, men berørte likevel spørsmålet om frarådningsform og innhold. Flertallet åpnet for at frarådningsplikten likevel kan være oppfylt hvor denne ikke er inntatt i et særskilt dokument. I saken fant flertallet det tilstrekkelig at banken krevde en signert salgfullmakt som innebar at banken fikk fullmakt til å selge boligen ved et eventuelt overtrekk eller lånerestans utover 30 dager fra avtalt forfall. Flertallet antok at ”en skriftlig erklæring om at klager alvorlig burde overveie å avstå fra å ta opp lånet, neppe var noen særlig sterkere signal enn salgfullmakten banken avkrevde hans underskrift på”.

---

<sup>90</sup> Ibid s. 54

<sup>91</sup> Kravet til skriftlighet er også oppfylt ved bruk av elektronisk kommunikasjon, forutsatt at kunden ønsker dette, jfr. finansavtl. § 8. Hvorvidt kunden ”ønsker” en slik elektronisk kommunikasjonsform forutsetter at kunden ”uttrykkelig” har akseptert at meldinger knyttet til kundeforholdet skal kunne gis elektronisk.

<sup>92</sup> NOU 1994:19 s. 50

<sup>93</sup> Frarådningsplikten etter bustadl. § 8 oppstiller ikke skriftlighetskrav tilsvarende § 47.

For at frarådningsplikten skal anses utført i overensstemmelse med lovens krav, er det videre en forutsetning at institusjonen fraråder på en tilstrekkelig klar og tydelig måte. Etter forarbeidene er frarådningsplikten ikke bare brutt hvor det ikke er advart overhodet, men også hvor det faktisk er advart, men ”på en altfor vag måte i forhold til hva forholdene burde ha tilsagt”.<sup>94</sup> Dette tilsier en frarådning som gir låntakeren tilstrekkelig forutsetninger til å vurdere om han ”alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet”. Anvendelsen av § 47, overfor en forbruker, tilsier i seg selv at listen legges høyt og stiller krav til klarhet. Generelle betraktninger om risikoen ved låneopptaket er dermed neppe tilstrekkelig. Heller ikke at frarådningsplikten på annen måte er vag, for eksempel ved komplisert språkbruk som faller utenfor den jevne forbrukers fatteevne. Således kan det være grunn til å stille seg kritisk til ovennevnte avgjørelse, idet bankens frarådning etter mitt syn ikke var tilstrekkelig klar. I den grad man etter hvert slakker på klarhetskravet står man i fare for en utvanning av frarådningsplikten.

Tilsier forholdene at låntaker krever en særskilt aktsom behandling, bør frarådningsplikten være deretter. Er det andre forhold rundt avtaleforholdet som bør nevnes spesielt, må dette også selvsagt gjøres. Det ligger videre i sakens natur at hvor frarådning er aktuelt, står man overfor så vidt alarmerende forhold at institusjonen uansett bør trå varsomt. Det avgjørende må være at frarådningsplikten er så klar at låntakeren oppfatter budskapet ut fra sine egne forutsetninger og på den måten forsvarlig kan vurdere om han bør avstå fra å ta opp lånet.

#### 4.5 Tidspunktet for frarådning

Finansavtaleloven oppstiller to alternative frister for når frarådningsplikten må være foretatt. Fristen etter første alternativ innebærer at frarådningsplikten må skje ”før låneavtale inngås med en forbruker”, jfr. § 47, første ledd. Som ellers i avtaleretten, oppstår dermed spørsmålet hvorvidt bindende avtale er inngått eller ikke. Jeg går ikke nærmere inn på de avtalerettslige mekanismer i denne forbindelse, men nøyer meg med å konstatere at i den grad låneavtale må anses inngått, er fristen for frarådning i utgangspunktet ute.

---

<sup>94</sup> NOU 1994:19 s. 56

Fristen forlenges imidlertid etter bestemmelsens andre alternativ. Etter denne er frarådningsplikten likevel overholdt hvor denne skjer før lånet utbetales til låntaker. Det kan dermed spørres om institusjonen står fritt i forhold til å velge tidspunkt for frarådningen. Det kan for eksempel tenkes tilfeller hvor institusjonen allerede før avtaleinngåelsen besitter kunnskap som aktualiserer frarådning, men hvor institusjonen først fraråder i den mellomkommende perioden. Ordlyden taler i seg selv for at institusjonen her står fritt. Det er imidlertid flere faktorer som kan tilsi en annen forståelse. For det første virker det nokså meningsløst å operere med to alternative frister i en pliktregel dersom institusjonen selv kan velge fristen. Av forarbeidene går det frem at bestemmelsens andre frist i første rekke er ment for de tilfelle hvor institusjonen, etter at avtale om lån er inngått, men før utbetalingen er skjedd, får opplysninger som aktualisere en frarådningsplikt.<sup>95</sup> Dette taler etter min mening for at institusjonen plikter å fraråde før avtaleinngåelsen, i den grad den besitter nødvendig kunnskap på dette tidspunkt. Til støtte for synspunktet kommer det forhold at bestemmelsen er ment å beskytte forbrukeren, og ikke institusjonen. Alminnelige betraktninger om lojalitet i kontraktsforhold tilsier også at institusjonen reagerer så fort den har en foranledning til det. Det kan sette forbrukeren i en unødvendig vanskelig posisjon om denne blir frarådet etter at låneavtalen er inngått eksempel ved at låntakeren, i tillit til låneavtalen, inngår bindende kontrakt om kjøp av eiendom. Dermed kan låntakeren være bundet av en kontrakt som han ved en frarådning sannsynligvis ikke hadde begitt seg inn på.

I BKN 03140, som gjaldt flere ulike lånopptak over en lengre periode, var det spørsmål om på hvilket tidspunkt banken eventuelt burde ha frarådet. Nemnda antok at "lånegivers frarådningsplikt som utgangspunkt vil inntre fra det tidspunkt hvor kunden ikke har midler til å betjene lånet". På tross av at saken ikke dreide seg om ett konkret lån, støtter avgjørelsen opp under synspunktet at institusjonen må reagere så fort denne har forutsetninger for å fraråde.

Det må etter min mening være grunn til å hevde at det normalt foreligger en plikt for institusjonen til å reagere så fort denne har oppfordring til det. Dette innebærer at institusjonen fraråder forbrukeren før avtaleinngåelsen dersom det er grunnlag for det, og at den alternative fristen er å anse som en sikkerhetsventil for de tilfelle hvor mellomliggende frarådning er nødvendig.

---

<sup>95</sup> NOU 1994:19 s. 55



For de tilfelle hvor frarådommen blir foretatt etter at bindende låneavtale er inngått, forutsettes det i forarbeidene at låntakeren som hovedregel bør ha anledning til å meddele at lånet ikke ønskes tatt opp. Låntakeren kan dermed ubeheftet kreve seg løst fra sine kontraktsforpliktelser. Dette står i kontrast til det skisserte utgangspunkt om at avtaler er rettslig bindende, jfr. punkt 3.1. Regelen har derimot sterke forbindelseslinjer til læren om bristende forutsetninger og avtl. § 36, og til de hensyn som gjør seg gjeldende der. Bakgrunnen for regelen er at det vil virke mot lovens formål å tvinge gjennom en avtale hvor det er en markert risiko for at den annen part ikke evner å oppfylle sine forpliktelser. Lovens formål er nettopp å hindre lånopptak som låntakeren sannsynligvis ikke makter å betjene på vanlig måte. Det sier seg også selv at partene normalt ikke har noen interesse i å begi seg inn på en vei som ganske sikkert leder mot ”avgrunnen”. Et slikt ønske kan fra institusjonens side kun forsvares hvor det er stilt betryggende sikkerhet for lånet, noe man må se bort fra i forbindelse med frarådningsplikten, jfr. ovenfor.

Ved å bruke formuleringen ”som hovedregel”, antyder forarbeidene at det kan finnes unntak fra låntakers rett til å fri seg fra låneavtalen. I hvilke situasjoner avtalen likevel opprettholdes sier de imidlertid ingen ting om, men det må antas at dette først og fremst vil gjelde hvor låntaker selv er å bebreide, se nedenfor.

#### 4.6 Rettsvirkningene ved manglende frarådning

Rettsvirkningen av at frarådningsplikten ikke anses overholdt, er at låntakerens forpliktelser kan lempes, for så vidt dette finnes ”rimelig”, jfr. § 47, andre punktum. Kompleksiteten og mangfoldet i de typesituasjoner frarådningsplikten vil kunne inntre nødvendigvis gjør en slik fleksibel reaksjonsmulighet. Forarbeidene oppstiller flere ulike reaksjoner som vil kunne være aktuelle. Som allerede vist ovenfor, kan lempningen innebære at restfordringen reduseres prosentvis i den grad det synes rimelig. Andre alternativer kan være at renten reduseres eller bortfaller i sin helhet, nedbetalingstiden forlenges, eller ved at flere slike lempninger kombineres.<sup>96</sup> Forutsetningen er at

---

<sup>96</sup>NOU 1994:19 s. 56

imidlertid at det foreligger tilstrekkelig sammenheng mellom den manglende frarådning og de inntrådte betalingsproblemer.

Hva som finnes rimelig, vil måtte bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. De vage retningslinjene innebærer at det må bli opp til domstolene å fastsette når og i hvilken grad de ulike reaksjoner skal benyttes. Ved avgjørelsen av hva som vil være rimelig lempning viser forarbeidene imidlertid til en rekke omstendigheter som det vil være relevant å legge vekt på.<sup>97</sup> For det første vil det kunne være av betydning hvor grov overtredelsen av frarådningssplikten er. I denne forbindelse er det viktig å være oppmerksom på at unnlatt frarådning ikke bare foreligger hvor den ikke har vært foretatt overhodet, men også hvor frarådningsplikten er mangelfull. Det er vanskelig å si noe generelt om hva som skiller en grov overtredelse fra en mindre grov. Avgjørelsen må bero på en konkret vurdering hvor man må se hen til i hvilken grad banken er å bebreide for den manglende frarådning. Om banken unnlater å fraråde i en situasjon hvor denne sitter på faktisk kunnskap om forhold som i høy grad tilsier en frarådning, synes en lempning nærliggende.<sup>98</sup> Hvor en eventuell frarådning på den annen side har sitt utspring i mer eller mindre usikre vurderinger, jfr. ovenfor, kan en lempning i gitte tilfelle være mindre rimelig. Det kan også være av betydning i hvilken grad institusjonen har markedsført lånemuligheten, og således aktualisert frarådningssplikten i enda større grad. Tanken er den at markedsføringen leder kundens oppmerksomhet bort fra de forpliktelser han påtar seg, og på den måten kan bidra til at avtalen inngås på uriktige premisser. I BKN-02024 ble det lagt vekt på måten lånet var markedsført på, uten at det i begrunnelsen redegjøres nærmere for måten dette ble gjort eller hvorfor man la vekt på det.<sup>99</sup> En skal imidlertid være varsom med å sanksjonere markedsføringen, så lenge denne er i overensstemmelse med markedsføringslovens regler. Således er det først hvor institusjonen forstår at markedsføringen har villedet lånsøkeren, og han ikke lenger har noen realistisk oppfatning om sin egen tilbakebetalingsevne, at det kan inntas som et

---

<sup>97</sup> NOU 1994:19 s. 56

<sup>98</sup> I BKN 02024 var det tale om at banken "utvilsomt" burde ha frarådet. Avgjørelsen setter imidlertid ikke ord på graden av bebreidelse.

<sup>99</sup> Se også Cranston, *Principles of Banking Law*, 2. ed (2002) s. 207; "The bank must tell the whole story. A bank's advertising may be relevant in this respect".

skjerpende moment. For de tilfelle at markedsføringen er så vidt aggressiv eller villedende at den kommer på kant med markedsføringslovens regler, er det imidlertid god grunn til å skjerpe institusjonens aktsomhet med avtaleinngåelsen.

For det andre vil rimeligheten kunne avhenge av forhold på låntakerens side. Dersom låntakeren selv er å bebreide, ved at denne måtte forstå at han ikke ville makte å betjene lånet, bør dette i den samlede vurdering redusere lånegivers ansvar for manglende frarådning. Hvor låntaker selv har forutsetninger til å foreta vurderingen, ved at han besitter et visst sakkyndighetsnivå, må det altså være rimelig at risikoen for låneopptaket forholdsmessig tilkjennes ham. I BKN-02024 ble låntakers ansvar kun redusert med 50 % av hovedstolen idet låntaker selv måtte være ansvarlig for i hvert fall deler av det lån han hadde tatt opp. Låntaker var ikke i noen prekær økonomisk situasjon, og han hadde heller ikke behov for lånet til et nødvendig formål. Lånet ble kun benyttet til regulært forbruk og låneopptaket fremstod i det hele som lite fornuftig. Dette måtte låntakeren også i noen grad selv bære risikoen for, da dette var forhold han hadde ressurser til å forstå. Også i BKN-03108 ble det gitt uttrykk for at låntakers forpliktelser kun skulle lempes med det halve. Uttalelsene var en del av mindretallets begrunnelse som sa at på bakgrunn av at ”låntaker måtte forstå at låneengasjementet innebar stor økonomisk risiko, er det imidlertid naturlig at han også må bære en del av ansvaret”. Flertallet kom til at banken ikke hadde noen frarådningsplikt, og trengte derfor ikke ta stilling til lempningen.<sup>100</sup>

For det tilfellet at kunden på eget initiativ har latt seg bistå av finansielle rådgivere før vedkommende søkte om lånet, er spørsmålet om dette får noen innvirkning på hvilken sakkyndighet låntaker må antas å ha. I BKN-95063 hadde låntaker benyttet seg av en slik rådgiver, og nemnda uttalte i den forbindelse at ”[b]anken antas...å ha en plikt til ikke uten videre å akseptere slike finansieringspakker utarbeidet av økonomiske rådgivere, som selv kan ha en økonomisk interesse i låneopplegget i form av provisjoner etc.”. Således åpner nemnda for at låntakers sakkyndighetsnivå i visse tilfeller må identifiseres med kunnskapsnivået til den finansielle rådgiveren. I disse tilfellene er det derfor grunn til å anta at kravet til institusjonens aktsomhet lempes i noen grad. Hertil kommer det forhold at institusjonen som hovedregel ikke kan pålegges

---

<sup>100</sup> Se også BKN- 93070

vurderingsansvaret for en tredjepart ytelser, se ovenfor punkt 4.2.3. Nemnda inntar likevel den begrensing at hvor det er grunn til å stille spørsmål ved rådgiverens motiver, skjerpes kravet til institusjonens aktsomhet tilsvarende. Det må i denne forbindelse legges til at finansavtaleloven i dag stiller krav til finansrådgiveres virksomhet, jfr. § 89. Avgjørelsen vil igjen derfor måtte bero på en konkret vurdering.

I de tilfellene hvor låntaker bevisst har gitt uriktige opplysninger til institusjonen om egne økonomiske forhold, og dette har gitt institusjonen et galt inntrykk av låntakerens tilbakebetalingsevne, sier det seg nær sagt selv at lemping vil være utelukket. I disse tilfellene er låntaker vesentlig å bebreide, og det ville være lite rimelig om institusjonen da skulle bære risikoen for dette.

Endelig må det påpekes at rimelig lempning innebærer en begrensing i forhold til reaksjonens omfang. Hensynet bak regelen, å forhindre at låntaker tar opp lån han ikke klarer å tilbakebetale, tilsier at lempningen ikke bør gå lenger enn hva som er nødvendig for å bringe låntaker ut av betalingsvanskene. Således må bestemmelsen sies å være i overensstemmelse med synspunktet etter avtl. § 36 om at lempningen ikke må gå lenger enn hva som er påkrevet for å unngå urimelighet i det enkelte tilfellet.

## **5 Avsluttende bemerkninger**

Avslutningsvis skal jeg kort oppsummere og vurdere konsekvensene av innføringen av finansavtaleloven § 47. Det er grunn til å tro at finansavtaleloven i noen grad har flyttet grenser hva gjelder praktiseringen av en frarådningsplikt. Først og fremst viser jeg her til at terskelen for frarådning er blitt lavere. Under spørsmålet om hvilke forhold som må tas med i vurderingen har bestemmelsen etter mitt syn imidlertid ikke tilført så mye nytt utover det som allerede fulgte av gjeldende rett. Som vist av praksis ovenfor, se punkt 4.2.3, har Bankklagenemnda nemlig ved flere anledninger vurdert ”andre forhold” som en begrunnelse for frarådningsplikten. Likevel synes bestemmelsen å fortjene sin plass, særlig sett i lys av dagens finansmarked. Bestemmelsen har etter mitt syn klargjort og poengtert plikten, og så lang ser bestemmelsen heller ikke ut til være utpreget prosesskapende. I så henseende har domstolene en viktig funksjon, ved ikke å legge terskelen for lavt i fremtiden.

## 6 Litteraturliste

### FORARBEIDER

#### Norges offentlige utredninger

NOU 1977:12	Kredittkjøp m.v.
NOU 1983:56	Lov om avtaler om personforsikring
NOU 1992:9	Forbrukarentrepriselov
NOU 1993:27	Forbrukerkjøpslov
NOU 1994:19	Finansavtaler og finansoppdrag

#### Odelstingsproposisjoner

Ot.prp.nr 25 (1973-74)	Kjøpsloven
Ot.prp.nr 5 (1982-83)	Avtaleloven
Ot.prp.nr 41 (1998-99)	Finansavtaleloven

#### Innstillinger til Odelstinget

Innst.O nr. 84 (1998-99)	Finansavtaleloven
--------------------------	-------------------

### NORSKE LOVER

<i>Kong Christian Den Femtis Norske</i>	Lov av 15. april 1687
<i>Avtaleloven</i>	Lov av 31. mai 1918 nr. 4 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer
<i>Sparebankloven</i>	Lov av 24.mai 1961 nr. 1 Lov om sparebanker
<i>Forretningsbankloven</i>	Lov av 24.mai 1961 nr. 2 Lov om forretningsbanker
<i>Dekningsloven</i>	Lov av 8. juni 1984 nr. 59 Lov om fordringshavernes dekningsrett
<i>Kredittkjøpsloven</i>	Lov av 21. juni 1985 nr. 82 Lov om kredittkjøp
<i>Kjøpsloven</i>	Lov av 13. mai 1988 nr. 27 Lov om kjøp

<i>Forsikringsvirksomhetsloven</i>	Lov av 10. juni 1988 nr. 29 Lov om forsikringsvirksomhet
<i>Håndverkertjenesteloven</i>	Lov av 16. juni 1989 nr. 63 Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere
<i>Forsikringsavtaleloven</i>	Lov av 16. juni 1989 nr. 69 Lov om forsikringsavtaler
<i>Avhendingsloven</i>	Lov av 3. juli 1992 nr. 93 Lov om avhending av fast eiendom
<i>Gjeldsordningsloven</i>	Lov av 17. juli 1992 nr. 99 Lov om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner
<i>Bustadoppføringslova</i>	Lov av 13. juni 1995 nr. 43 Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m.
<i>Banksikringsloven</i>	Lov av 6. desember 1996 nr. 75
<i>Finansavtaleloven</i>	Lov av 25. juni 1999 nr. 46 Lov om finansavtaler og finansoppdrag

## **FORSKRIFTER**

2000	30. juni 2000 nr. 653
2000	11. februar 2000 nr. 102

## **DIREKTIVER**

Rådsdirektiv	Rådsdirektiv 87/102/EØF av 22. desember 1986 om tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om forbrukerkreditt
--------------	--

## **LITTERATUR**

### **Bøker**

Cranston	Cranston, Ross: Banks, Liability and Risks, 2.ed (1995)
----------	---

Cranston	Cranston, Ross: Principles of Banking Law, 2. ed. (2002)
Green	Green, Erling: Kreditbedømming och intuition – ett tolkningsförslag (1997)
Hagstrøm	Hagstrøm, Viggo: Obligasjonsrett, Oslo (2003)
Hagstrøm	Hagstrøm, Viggo: Bankklagenemndas praksis, ansvarlig redaktør Finn Tveter, s. 7 flg. (1994)
Hov	Hov, Jo: Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I, 3. utg (2002)
Krüger	Krüger, Kai: Norsk kontraktsrett (1991)
Krüger	Krüger, Kai: Norsk kontraktsrett, 4. utg. (1999)
Woxholth	Woxholth, Geir: Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning, 3. utg. (1998)
Wärnsund/Johansson	Wärnsund, Sven Olof/Johansson, Susanne: God kreditgivningssed i konsumentförhållanden (1998)

## **Artikler**

Aagenæs	Aagenæs, Morten: Tidsskrift for forretningsjus nr. 4/2002 s. 539 flg.
Hagstrøm	Hagstrøm, Viggo: LoR 1996 s 78 flg., Kausjonsretten og avtaleloven § 36

## **Rapporter**

Forbrukerrådet, Forbrukerombudet og Kredittilsynet: Tiltak for å bedre informasjonstilbudet til sluttbrukeren i finansmarkedet (August 2004)

## **Uttalelser**

Lovavdelingen	Sak nr. 2000/08159
---------------	--------------------



## **PRAKSIS**

### **Rettstidene**

Rt. 1953 s. 449	Rt. 1984 s. 28	Rt. 1998 s. 761
Rt. 1959 s. 248	Rt. 1987 s. 442	Rt. 2003 s. 1252
Rt. 1959 s. 1048	Rt. 1988 s. 1078	HR-2004-00187-U
Rt. 1966 s. 1248	Rt. 1994 s. 1288	
Rt. 1980 s. 1586	Rt. 1995 s. 1540	

### **Rettens gang**

RG 1995 s. 400

### **Nytt juridisk arkiv**

NJA 1996 s. 3, Sveriges Högsta Domstolen

### **Upubliserte dommer**

LE-2003-05641 (Eidsivating lagmannsrett) 2003-01-05 (kjennelse)

### **Bankklagenemnda**

BKN 88007	BKN 95040	BKN 02021
BKN 91111	BKN 95063	BKN 02024
BKN 92045	BKN 96019	BKN 02104
BKN 93022	BKN 96031	BKN 03032
BKN 93070	BKN 97008	BKN 03097
BKN 93070	BKN 98015	BKN 03108
BKN 94028	BKN 99036	BKN 03140
BKN 95017	BKN 00001	

### **Forbrukertvistutvalget**

FTU 1979/17	FTU 1984/24	FTU 1990/65
-------------	-------------	-------------

### **Allmänna reklamationsnämnden**

Sak nr. 2001-3188

Sak nr. 2001-1724

**ANDRE KILDER**

The Mortgage Code 2.utg (1998)

The Banking Code (2001)



